

Kontinuitetsprinsippets betydning ved fusjon og fisjon av aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper

Kandidatnummer: 575

Veileder: Tore Bråthen

Leveringsfrist: 25.04.2007

Til sammen 17825 ord

11.07.2007

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema	1
1.2	Problemstillingen	2
1.3	Avgrensning	3
1.4	Rettskildespørsmål	4
1.5	Forholdet til EØS-avtalen	5
<u>2</u>	<u>FUSJON OG FISJON</u>	<u>6</u>
2.1	Fusjons- og fisjonsbegrepet	6
2.2	Nærmere om fusjon	9
2.3	Nærmere om fisjon	12
<u>3</u>	<u>SELSKAPSRETTLIG KONTINUITET</u>	<u>14</u>
3.1	Det selskapsrettslige kontinuitetsprinsipp	14
3.1.1	Innledende om kontinuitet	14
3.1.2	Rettsutviklingen	15
3.2	Kontinuitetsprinsippet ved fusjon	16
3.2.1	Generelt om kontinuitetsprinsippet ved fusjon	16
3.2.2	Forpliktelseskontinuitet	17
3.2.3	Eiendels- og rettighetskontinuitet	20
3.2.4	Eierkontinuitet	21
3.3	Kontinuitetsprinsippet ved fisjon	28

3.3.1	Generelt om kontinuitetsprinsippet ved fisjon	28
3.3.2	Forpliktelseskontinuitet	28
3.3.3	Eiendels- og rettighetskontinuitet	30
3.3.4	Eierkontinuitet	31
4	<u>SKATTEMESSIG KONTINUITET</u>	33
4.1	Innledende om skattemessig kontinuitet	33
4.2	Hensyn bak reglene om skattemessig kontinuitet	34
4.3	Fremveksten av det skatterettslige kontinuitetsprinsipp	35
4.4	Øvrige vilkår for skattefrihet	36
4.5	Skattemessig kontinuitet på aksjonærnivå	38
4.6	Skattemessig kontinuitet på selskapsnivå	41
4.7	Skatt av tilleggsvederlaget	43
4.8	Kontinuitet ved trekant- og firkantfusjon, samt trekant- og firkantfisjon	44
4.9	Kontinuitet ved skjevelingsfusjon	46
4.10	Valgfrihet med hensyn til særreglene i skatteloven kapittel 11?	47
5	<u>REGNSKAPSMESSIG DISKONTINUITET</u>	50
5.1	Innledning	50
5.2	Regnskapsføring av fusjon	50
5.2.1	Hovedregel	50
5.2.2	Unntak	51
5.2.3	Konsernkontinuitet	53
5.3	Regnskapsføring av fisjon	54
5.3.1	Hovedregel	54

5.3.2	Unntak	55
<u>6</u>	<u>EN AVSLUTTENDE SAMMENLIGNING</u>	<u>57</u>
<u>7</u>	<u>KILDER</u>	<u>61</u>

1 Innledning

1.1 Tema

Tema for denne avhandlingen er kontinuitetsprinsippet ved fusjon og fisjon av aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper.¹ Temaet har kontaktflate både til selskapsretten, skatteretten og regnskapsretten. Hvert av disse rettsområdene har et kontinuitetsprinsipp som er av betydning for gjennomføringen av fusjoner og fisjoner. Hva angår selskapsretten og skatteretten, er hovedregelen at fusjoner og fisjoner skal gjennomføres med henholdsvis selskapsrettslig og skatterettslig kontinuitet. Når det gjelder regnskapsretten, er hovedregelen at fusjoner og fisjoner skal regnskapsføres etter et diskontinuitets- eller transaksjonsprinsipp, men fra dette er det enkelte kontinuitetsunntak.

Det selskapsrettslige kontinuitetsprinsippet innebærer at fusjonerende og fisjonerende selskaper og dets aksjonærer, videreføres i de selskaper de blir overført til. Skattemessig kontinuitet innebærer at skatteposisjonene til selskaper videreføres uendret i de overtakende selskaper, og tilsvarende videreføres aksjonærenes skatteposisjoner på de nye aksjene. På nærmere vilkår er disposisjonen da skattefri. Regnskapsmessig handler transaksjonsprinsippet om at verdiene i de selskaper som overføres ved fusjon og fisjon, som hovedregel skal regnskapsføres til virkelig verdi i de overtakende selskaper. Fra dette utgangspunktet finnes det som nevnt enkelte kontinuitetsunntak som innebærer at de overdragende selskapers bokførte verdier skal videreføres i det overtakende selskapets regnskap.

¹ Undertiden bruker jeg betegnelsen selskap. Dersom ikke annet fremgår av sammenhengen menes da aksjeselskap/allmennaksjeselskap.

Selskapsrettslig er fusjon og fisjon regulert i henholdsvis (allmenn-)aksjeloven kapittel 13 og 14.² Den skatterettslige rettstilstand ble for fusjoners vedkommende avklart allerede i Rt. 1922 s. 436 De forenede Uldvarefabrikker og Rt. 1925 s. 1009 Bergens privatbank. Der ble det lagt til grunn et kontinuitetssynspunkt ved gevinstbeskatningsreglene. Dette prinsippet er nå lovfestet i sktl. §§ 11-1 flg. og omfatter også fisjon. Kontinuitetsunntakene i regnskapsretten er delvis lovfestet i rskl. §§ 5-14 og 5-16, og følger delvis av ulovfestet rett.

1.2 Problemstillingen

Fusjon og fisjon har som nevnt både en selskapsrettslig, skatterettslig og regnskapsrettslig side, som alle på sitt vis styres av et kontinuitetsprinsipp. I det følgende skal jeg se nærmere på hva som ligger i disse kontinuitetsprinsippene. Det vil videre bli redegjort for hvilke hensyn de hviler på. Den grunnleggende og mest sentrale problemstillingen i avhandlingen, er hvilken betydning kontinuitetsprinsippet har for gjennomføringen av fusjoner og fisjoner av aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper. Videre er det en helt sentral problemstilling hvordan kontinuitetsprinsippet virker på skatterettens område, slik at transaksjonene kan gjennomføres uten å utløse beskatning. Bakgrunnen for at denne problemstillingen står helt sentralt er at fusjoner og fisjoner kan gjennomføres uten å utløse beskatning når disse er gjennomført med skattemessig kontinuitet, jfr. sktl. § 11-7. I tillegg er det et krav om at fusjonen eller fisjonen må gjennomføres med hjemmel i (allmenn-)aksjeloven og bokføres etter regnskapsloven, jfr. sktl. § 11-1 annet ledd. Det er dette som undertiden kalles for lovlighetskravet.³ Lovlighetskravet knytter således fusjon og fisjon på selskaps-, regnskaps- og skatterettsområdet sammen.

² Av praktiske hensyn anvender jeg forkortelsen (allmenn-)aksjeloven når jeg viser til både aksjeloven og allmennaksjeloven.

³ Se Zimmer/BAHR s. 599.

1.3 Avgrensning

Avhandlingens tema er omfattende og har flere tilgrensede problemstillinger. Det er ikke mulig å berøre alle spørsmål med tilknytning til kontinuitet ved fusjon og fisjon. Jeg er derfor nødt til å foreta en avgrensning. At temaet er sentralt er lite tvilsomt, da det gjennomføres et større antall fusjoner og fisjoner hvert år.⁴

Avhandlingens tema omfatter både selskapsrett, skatterett og regnskapsrett. Allerede dette indikerer at en del problemstillinger må forbigås av hensyn til at kontinuitetsprinsippet står i sentrum for avhandlingen. Fremstillingen tar ikke opp til generell behandling en del grunnleggende problemstillinger knyttet til fusjon og fisjon. Slike problemstillinger blir bare behandlet i den grad det er nødvendig av hensyn til kontinuitetsprinsippet.

Grenseoverskridende fusjoner og fisjoner blir ikke behandlet. Dette skyldes at (allmenn-)aksjelovens særbestemmelser om fusjon og fisjon ikke får anvendelse på slike, jfr. asl./asal. §§ 13-1 første ledd første punktum og 14-1 første ledd.⁵ Videre begrenser jeg meg til å se på fusjon og fisjon av aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper, selv om deler av fremstillingen kan være relevant for andre organisasjonsformer. Dette følger allerede av avhandlingens tittel. Skipsaksjeselskap faller utenfor avhandlingen, fordi de omfattes av en del særegne regler, som det vil føre for langt å komme inn på. Når det gjelder regnskapsføringen av fusjoner og fisjoner er kontinuitet ikke et vilkår, men en følge av visse fusjons- og fisjonstyper. Jeg vil derfor ikke gå like dypt inn i reglene ved regnskapsføring av fusjon og fisjon, men se på hvilke hovedprinsipper som gjelder. Endelig skal enkelte selskaper føre regnskap i henhold til internasjonale regnskapsstandarter, såkalt IFRS, jfr. rskl. § 3-9.⁶ Det vil ikke bli gjort nærmere rede for regnskapsføring etter IFRS, da dette kun er pliktig for børsnoterte konsernregnskaper, og således bare gjelder for et lite mindretall av de selskaper avhandlingen omhandler.

⁴ Ifølge Brønnøysundregisteret ble det i 2006 gjennomført i overkant av 4000 fusjoner og ca. 1600 fisjoner i Norge.

⁵ Se Andenæs s. 580. og note 17 i avhandlingen.

⁶ IFRS er forkortelsen for International Financial Reporting Standards.

1.4 Rettskildespørsmål

Avhandlingen bygger på alminnelige norske rettskildeprinsipper. Likevel er det enkelte særegenheter som har betydning. Aksjeloven og allmennaksjeloven av 1997 bygger i atskillig grad på aksjeloven fra 1976. Forarbeidene og praksis til denne loven må derfor fortsatt ha gyldighet.⁷ Det samme gjelder fusjons- og fisjonsbestemmelsene i skatteloven kapittel 11, som er en videreføring av selskapsskatteloven kapittel 8. I tillegg bygger både (allmenn-)aksjelovens og skattelovens lovfesting av fusjon og fisjon på tidligere ulovfestet rett, som blant annet er utviklet gjennom rettspraksis. Selv om fusjon og fisjon nå er lovfestet, kan den tidligere ulovfestede retten være med å kaste lys over tolkningen av disse rettskilder.

At fusjon og fisjon i stor grad hviler på kontinuitetsprinsippet, har i forarbeidene blant annet kommet til uttrykk ved at lovteksten undertiden skal tolkes med bakgrunn i dette prinsippet.⁸ Et typisk eksempel er når en leierettighet blir overdratt til det overtakende selskapet ved en fusjon. Dersom det følger av lov eller avtale at slik leierettighet ikke kan overdras, må forbudet tolkes i lys av kontinuitetsprinsippet. Dette kan undertiden lede til et annet tolkningsresultat enn man ellers ville ha kommet til.

Ved regnskapsføring av fusjoner og fisjoner, skal man selvsagt ta utgangspunkt i regnskapsloven. Regnskapsføring av fusjoner og fisjoner er imidlertid i ganske stor grad hjemlet i standarder. For fusjon har vi en endelig standard.⁹ Det innebærer at den skal legges til grunn ved regnskapsføring av fusjon. Når det gjelder fisjon, er denne standarden bare foreløpig. Det betyr at den bør legges til grunn, men uten at det er pliktig.¹⁰

Reglene om fusjon og fisjon finnes hovedsaklig i selskaps-, skatte- og regnskapslovgivningen. I den grad disse rettsområdene bygger på hverandre, må det være

⁷ Se Andenæs s. 604.

⁸ Ot. prp. nr. 19 (1974-75) s. 201.

⁹ NRS 9 Fusjon.

¹⁰ NRS (F) Fisjon.

legitimt å vektlegge hensyn fra alle områdene ved tolkningen av rettsreglene.¹¹ At dette må være riktig viste seg da Justisdepartementet ikke støttet Aksjelovutvalgets forslag om at vederlaget ved fusjon fritt kunne fastsettes til aksjer, kontanter eller andre eiendeler. Behovet for eierkontinuitet for å tillate skattefrie fusjoner var vesentlig i begrunnelsen for ikke å gå inn for en slik utvidelse av avtalefriheten.¹² Skatteretten påvirket altså utformingen av aksjeselskapsretten. Dette kan i sin tur få betydning ved tolkningen av reglene.

1.5 Forholdet til EØS-avtalen

Aksjelovgivningen om fusjoner er i henhold til EØS-avtalen tilpasset EUs tredje selskapsdirektiv.¹³ EUs tredje selskapsdirektiv gjelder bare for allmennaksjeselskap. Det er ikke noe krav om at aksjeloven må være tilpasset dette direktivet. Aksjeloven kapittel 13 er imidlertid langt på vei likelydende som kapittel 13 i allmennaksjeloven og tilfredsstiller i hovedsak kravene i direktivet. For fisjoners del er aksjelovgivningen tilpasset EUs sjette selskapsdirektiv.¹⁴ Også dette gjelder kun for allmennaksjeselskap, men slik at aksjeloven kapittel 14 om fisjoner i det alt vesentlige er likelydende som allmennaksjelovens kapittel om fisjoner. Selv om EUs tredje og sjette selskapsdirektiv, om henholdsvis fusjon og fisjon, ikke har direkte betydning for fusjon og fisjon av aksjeselskaper, kan det likevel være med å kaste lys over tolkningen av aksjeloven kapittel 13 og 14.

¹¹ Se Folkvord s. 19-20.

¹² Se NOU 1996: 3 s. 83-84, jfr. Ot. prp. nr. 23 (1996-97) s. 113-114.

¹³ Se blant annet Ot. prp. nr. 23 (1996-97) s. 112 flg.

¹⁴ Se Ot. prp. nr. 23 (1996-97) s. 112 flg.

2 Fusjon og fisjon

2.1 Fusjons- og fisjonsbegrepet

Kontinuitetsprinsippet knytter seg til fusjon og fisjon. En avklaring av disse begreper er derfor på sin plass. I norsk rett foreligger det ikke noe entydig fusjons- og fisjonsbegrep. I dagligtale brukes begrepene ofte i en mer omfattende betydning enn i (allmenn-)aksjeloven.¹⁵ Spørsmålet er derfor hvilke disposisjoner som omfattes av fusjons- eller fisjonsbegrepet i (allmenn-)aksjeloven. I asl./asal. §§ 13-1 og 14-1 heter det for henholdsvis fusjons- og fisjonsbestemmelsene at de bare gjelder mellom aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper. Fusjon og fisjon mellom aksjeselskaper reguleres av aksjeloven, mens fusjon og fisjon mellom allmennaksjeselskaper, og mellom allmennaksjeselskaper og aksjeselskaper reguleres av allmennaksjeloven.¹⁶ Det samme gjelder dersom et allmennaksjeselskap yter vederlagsaksjene ved konsernfusjon etter asl./asal. §§ 13-2 annet ledd og 14-3 tredje ledd. Dette følger av ordlyden i asl./asal. §§ 13-1 og 14-1. Overdragende og overtakende selskap må altså begge være aksjeselskap eller allmennaksjeselskap. I dette ligger også et krav om at begge selskapene må være norske.¹⁷

Begrepene er definert i aksjeloven, jfr. asl./asal. § 13-2 første ledd for fusjon og asl./asal § 14-2 første og annet ledd for fisjon. En fusjon er etter dette en sammenslåing av selskaper hvor det ene selskapet overtar ett eller flere andre selskapers "... eiendeler,

¹⁵ NOU 1992: 29 s. 194.

¹⁶ Forskjellen mellom aksjeloven og allmennaksjeloven består hovedsakelig av at reglene i aksjeloven i noen tilfeller er enklere. Se Giertsen s. 89. Forskjellen har liten betydning for kontinuitetsprinsippet.

¹⁷ En tilsvarende begrensning i tysk rett ble av EU domstolen i Sevic-saken C-411/03 ansett å være i strid med EU rettens regler om etableringsfriheten, jfr. de tilsvarende bestemmelsene i EØS-avtalens art. 31 og 34. Det medfører at en fusjon med et annet selskap som er hjemmehørende i EØS muligens kan gjennomføres etter (allmenn-)aksjeloven kapittel 13. Se Zimmer/BAHR s. 401. Denne problemstillingen forfølges ikke videre her.

rettigheter og forpliktelser som helhet...”. Det eller de overdragende selskap(er) oppløses ved fusjonen, jfr. asl. § 13-16 første ledd nr. 1 og asal. § 13-17 første ledd nr. 1. En fisjon er i følge asl./asal. § 14-2 første ledd, en deling av ett selskaps eiendeler, rettigheter og forpliktelser på ett eller flere andre selskaper, slik at det overdragende selskapet består etter fusjonen. Etter asl./asal. § 14-2 annet ledd kan det overdragende selskaps eiendeler, rettigheter og forpliktelser alternativt deles på to eller flere andre overtakende selskaper, slik at det selv oppløses. Både ved fusjon og fisjon skal aksjonærene i de(t) overdragende selskap(er) få vederlag av det overtakende selskapet. Vederlaget skal hovedsakelig bestå av aksjer i de(t) overtakende selskap(er), jfr. asl./asal. §§ 13-2 og 14-2 begges første ledd.

(Allmenn-)aksjeloven regulerer i tillegg andre fusjons- og fisjonstyper. Dette kommer jeg tilbake til.¹⁸

Bestemmelsene i (allmenn-)aksjeloven som definerer fusjons- og fisjonsbegrepet, er preseptoriske. Det følger av ordlyden i asl./asal. §§ 13-2 første ledd og 14-2 første og annet ledd, ved at bestemmelsene om sammenslåing og deling av selskaper ”er undergitt reglene om fusjon [fisjon] i kapitlet her”. Etter dette beror det på de faktiske forhold om partsforholdet, objektet for overføringen og vederlaget, hvorvidt en disposisjon faller inn under (allmenn-)aksjelovens fusjons eller fisjonsbegrep.¹⁹

Spørsmålet om en disposisjon er å anse som fusjon eller fisjon i (allmenn-)aksjelovens forstand har betydning i flere relasjoner.²⁰ For det første har det selskapsrettslig betydning ved at det kun er beslutninger om å inngå fusjon eller fisjon etter (allmenn-)aksjeloven som må følge de personelle og prosessuelle kravene i (allmenn-)aksjeloven kapittel 13 og 14. I tillegg kommer at en oppløsning av det overdragende selskapet er mer komplisert hvis den ikke kan skje etter de reglene som gjelder for fusjon og fisjon, men må følge de alminnelige regler i (allmenn-)aksjeloven kapittel 16. For det andre har fastleggelsen av begrepene

¹⁸ Se pkt. 2.2 for fusjon og pkt. 2.3 for fisjon.

¹⁹ Se Giertsen s. 89.

²⁰ Se Giertsen, s. 89-90.

betydning i kontraktsrettslig forstand. Det er visse preseptoriske krav til en fusjons- og fisjons tilblivelse og ikrafttreden, blant annet må styret utarbeide en fusjons- eller fisjonsplan som må godkjennes av kompetent organ, normalt generalforsamlingen, jfr. asl./asal. §§ 13-3 og 14-6 begges første og annet ledd. Videre trer avtalen først i kraft når Foretaksregisteret registrerer fusjonen eller fisjonen, jfr. asl. §§ 13-16 og 14-8 og asal. §§ 13-17 og 14-8. Dersom disposisjonene ikke faller innenfor fusjons- eller fisjonsbegrepet, gjelder ikke disse preseptoriske regler. Rettsforholdet reguleres da av alminnelig kontraktsrett. For det tredje, og i hovedsak for denne avhandlingen, er det kun disposisjoner som faller innenfor fusjons- eller fisjonsbegrepet som kan skje med kontinuitet i formuerettslige posisjoner. Det er dette som i særlig grad kjennetegner fusjon og fisjon. I korthet betyr dette at dersom disposisjonen faller innenfor (allmenn-)aksjelovens fusjons- eller fisjonsbegrep, så implementeres det overdragende selskapet i de(t) overtakende selskaper, uten at det samtidig antas å skje et identitetsskifte. Hovedregelen er den motsatte dersom disposisjonen faller utenfor fusjons- eller fisjonsbegrepet.²¹

En problemstilling er hvorvidt begrepene ”fusjon” og ”fisjon” som er anvendt i skatteloven og regnskapsloven, har samme innhold slik disse begrepene er definert i aksjeloven. Det følger av alminnelige rettskildeprinsipper at dette beror på en tolkning av den enkelte lov. Når det gjelder skatteloven, følger det uttrykkelig av ordlyden i sktl. § 11-1 annet ledd at begrepene knytter seg til (allmenn-)aksjelovens definisjon av dem. I regnskapsloven følger det eksplisitt av rskl. § 1-9 at begrepet ”fusjon” skal ha samme innhold som (allmenn-)aksjeloven.²² Fisjon er ikke definert i regnskapsloven, men det følger av NRS (F) Fisjon pkt. 3 at det regnskapsrettslige fisjonsbegrepet skal ha samme innhold som (allmenn-)aksjelovens fisjonsbegrep.

²¹ Se nærmere pkt. 3.

²² Fusjonsbegrepet er regnskapsrettslig tildels utvidet, uten at det har betydning her.

2.2 Nærmere om fusjon

Fusjon er en sammenslåing av foretak, som på grunn av reglene om fusjon i (allmenn-)aksjeloven kapittel 13, kan gjennomføres på en enklere og mer smidig måte enn om man måtte følge de alternative regler. De alternative regler for sammenslåing av (allmenn-)aksjeselskaper er oppløsning og avvikling etter (allmenn-)aksjeloven kapittel 16, sammen med enten reglene om stiftelse i kapittel 2 eller reglene om forhøyelse av aksjekapital i kapittel 10.

Formålet med en fusjon er ofte å skape en større og mer slagkraftig virksomhet, for derigjennom å oppnå synergieffekter som sparte omkostninger og økt effektivitet på områder som produksjon, organisasjon og markedsføring.²³ På denne måten kan man redusere kostnadene og øke inntektene.

(Allmenn-)aksjelovens regler er først og fremst utformet med tanke på horisontal fusjon, det vil si at selskaper på samme selskapsrettslige nivå fusjonerer.²⁴ Det skjer enten ved at et eksisterende selskap tar opp i seg ett eller flere selskaper, eller ved at det opprettes et nytt selskap som opptar andre eksisterende selskap i seg. Dette følger av ordlyden i asl./asal. § 13-2 første ledd, jfr. § 13-4 forutsetningsvis. En vanlig språklig forståelse av uttrykket i asl./asal. § 13-2 første ledd ”et annet selskap”, trekker i retning av at det bare kan være ett overdragende selskap. Forarbeidene angir derimot den motsatte løsning.²⁵ Dette er også fulgt opp i praksis. Alternativet er å gjennomføre flere fusjoner etter hverandre, noe som vil lede til samme resultat, men på en mer tungvint måte. Reelle hensyn trekker dermed i samme retning. På denne bakgrunn er det sikker rett at det kan være mer enn ett overdragende selskap.²⁶ Det kan derimot bare være ett overtakende selskap. Dette følger av ordlyden i asl./asal. § 13-2 første ledd, ved at det overdragende selskapets eiendeler, rettigheter og forpliktelser må overføres ”som helhet”. Lovens krav til

²³ Se Woxholth s. 275.

²⁴ Se Aarbakke m.fl. s. 775-776.

²⁵ Ot. prp. nr. 19 1974-75 s. 210.

²⁶ Av fremstillingstekniske grunner vil jeg i hovedsak forutsette at det bare er ett overdragende selskap.

kontinuitet ved fusjon ville ikke blitt oppfylt dersom et overdragende selskap ble delt på to eller flere overtakende selskap.²⁷ Da må i stedet reglene for fisjon anvendes.²⁸

I asl./asal. § 13-2 annet ledd er det gitt hjemmel for en type konsernfusjon. Dette betegner en fusjon hvor det overdragende selskapet innfusjoneres i et konsernselskap, men hvor vederlaget ytes av et annet selskap enn det overtakende i konsernet. Bestemmelsen angir to kumulative vilkår for at en konsernfusjon kan gjennomføres. For det første må det overtakende selskapet tilhøre et konsern. Konsernbegrepet er definert i asl. § 1-3.²⁹ For det andre må ”ett eller flere av konsernselskapene samlet [ha] mer enn 90 prosent av aksjene og stemmene i det overtakende selskapet.”³⁰ Dersom disse vilkårene er innfridd følger det av asl./asal. § 13-2 annet ledd at vederlaget kan ytes enten av det overtakende selskapets morselskap eller et annet datterselskap. Når morselskapet yter fusjonsvederlaget, omtales fusjonen gjerne som en trekantfusjon.³¹ Er det derimot et annet datterselskap som yter vederlaget, er det vanlig å omtale fusjonen som firkantfusjon.³²

Formålet bak konsernfusjon er å forenkle innfusjonering i konsern.³³ Det overdragende selskapet fusjoneres direkte inn i det overtakende selskapet uten at eierforholdet i dette endres. Dette skyldes at vederlaget blir ytt av morselskapet eller et søsterselskap. Skulle det overdragende selskapet motta vederlagsaksjer direkte fra det selskapet det ble innfusjonert i, kunne morselskapet miste majoriteten i det overtakende selskapet. Konsernforholdet mellom mor og datterselskapet ville i tilfelle opphøre, jfr. asl./asal. § 1-3 annet ledd. Denne

²⁷ Se pkt. 3.2 Kontinuitetsprinsippet ved fusjon.

²⁸ Se pkt. 2.3 Nærmere om fisjon.

²⁹ Konsernbegrepet er definert i asl./asal. § 1-3 første ledd til at to eller flere selvstendige rettssubjekter er knyttet sammen som mor- og datterselskap, eller datterselskap av samme morselskap.

³⁰ Etter asl./asal. § 1-3 er det tilstrekkelig at et selskap har bestemmende innflytelse over et annet selskap for å utgjøre et konsern. For å gjennomføre en konsernfusjon er altså kravet til eierskap strammet inn, jfr. asl./asal. § 13-2 annet ledd.

³¹ Se Zimmer/BAHR s. 601

³² Se Zimmer/BAHR s. 601

³³ Ot. prp. nr. 72 (1984-85) s. 8-9.

fusjonsformen er således typisk dersom morselskapet ønsker å beholde det overtakende selskapet som et heleid datterselskap.³⁴

I tillegg til de nevnte former for fusjon, regulerer aksjeloven to former for fusjon uten vederlag. For det første har vi fusjon mellom morselskap og heleid datterselskap, jfr. asl. § 13-23. For det andre har vi fusjon mellom to heleide datterselskaper av samme morselskap, jfr. asl. § 13-24. Som det fremgår, er det et vilkår etter begge bestemmelsene at morselskapet eier samtlige aksjer i datterselskapet eller datterselskapene. Etter asal. § 13-24 første ledd kan også et heleid datterselskap innfusjoneres i morselskapet, men allmennaksjeloven inneholder ikke tilsvarende regler for fusjon mellom to heleide datterselskaper. Bakgrunnen er at en slik bestemmelse ikke ble ansett forenlig med 3. selskapsdirektiv art. 24-26.³⁵ Ved slike fusjoner utstedes det ikke vederlagsaksjer og de er gjenstand for en forenklet gjennomføring.³⁶

Ettersom det er et grunnleggende vilkår for fusjon at samtlige eiendeler, rettigheter og forpliktelser i det overdragende selskapet overdras, kan ikke det overdragende selskapet unnta noe av dette komplekset og samtidig følge reglene om fusjon i aksjeloven kapittel 13. Dette følger av ordlyden i asl./asal. § 13-2 første ledd ”som helhet”, og er også kommet til uttrykk i forarbeidene.³⁷ Hvor strengt dette vilkåret skal praktiseres er likevel til dels usikkert.³⁸ Det beror i utgangspunktet på en tolkning av ordlyden ”helhet”. En vanlig språklig forståelse tilsier at det samlede komplekset som tilhører selskapet på fusjonstidspunktet, må overdras. At noe er overført før fusjonen kan da ikke være av betydning, men her kan det nok være grensetilfeller avhengig av hvor tett opptil fusjonen overføringen skjer. Forarbeidene er tause om problemet. Det er lite sannsynlig at vilkåret kan være til hinder for at selskapet på forhånd ”trimmes” med sikte på en planlagt fusjon,

³⁴ Se Giertsen s. 131-132 om andre tilfeller hvor konsernfusjon er hensiktsmessig.

³⁵ Se Ot. prp. nr. 36 (1993-94) s. 241.

³⁶ Se Zimmer/BAHR s. 601.

³⁷ Ot. prp. nr. 19 (1974-75) s. 201 og 209.

³⁸ Aarbakke m.fl. s. 786.

typisk ved at deler av selskapet utfisjonerer etter reglene i (allmenn-)aksjeloven kapittel 14. Et overdragende selskap kan på denne måten tappes før en fusjon, men det går en grense ved at det overdragende selskapet må tilføre det overtakende selskapet en nettoverdi, jfr. asl./asal. §§ 13-4 forutsetningsvis og 2-6 første ledd nr. 4.

Et særtrekk ved fusjon er at eiendelene, rettighetene og forpliktelsene overføres fra selskapet, mens vederlaget tilfaller aksjonærene, jfr. asl./asal. § 13-2 første ledd. Fusjon skiller seg på dette punkt fra ordinært salg av selskapets aktiva og er således et særlig kjennetegn på fusjon.³⁹ Uten denne følgen ville kontinuiteten på aksjonærnivå briste.⁴⁰

2.3 Nærmere om fisjon

Fisjon er en deling av selskaper som, på grunn av (allmenn-)aksjelovens regler om fisjon i kapittel 14, kan gjennomføres på en enklere og mer smidig måte enn om man måtte benytte de alternative regler for å dele selskaper. Alternativet er aksjekapitalnedsettelse etter kapittel 12, eller reglene om oppløsning og avvikling i kapittel 16, sammen med enten reglene om stiftelse i kapittel 2, eller reglene om forhøyelse av aksjekapitalen i kapittel 10.

Det kan være flere grunner til at man ønsker å gjennomføre en fisjon. Grunnene skiller seg naturligvis fra fusjon, i og med at en fisjon nærmest kan betraktes som en motsetning til fusjon. Formålene er blant annet å spre risiko på flere selskaper, fordele virksomhet på mer spesialiserte enheter, dele virksomhet på forskjellige aksjonærgrupper og legge til rette for senere generasjonsskifte, senere utsalg eller senere fusjon mv.⁴¹

Ved fisjon er det bare ett overdragende selskap, mens det kan være flere overtakende selskap, jfr. asl./asal. § 14-2 første og annet ledd.⁴² Etter asl./asal. § 14-2 første ledd kan det

³⁹ Se Andenæs s. 581.

⁴⁰ Se pkt. 3.2.3 Eierkontinuitet.

⁴¹ Se Giertsen s. 87-88.

⁴² Av fremstillingstekniske grunner forutsetter jeg i hovedsak at det bare er ett overtakende selskap.

overdragende selskapet fordele sine eiendeler, rettigheter og forpliktelser på selskapet selv og ett eller flere andre selskap(er). Etter asl./asal. § 14-2 annet ledd, kan det fordele sine eiendeler, rettigheter og forpliktelser på to eller flere andre selskaper, slik at det selv oppløses. Det eller de overtakende selskaper kan enten være allerede eksisterende selskaper, eller de kan være nystiftet i anledning fisjonen, jfr. asl./asal. § 14-3 annet ledd forutsetningsvis.

Hovedforskjellen mellom fusjon og fisjon er at det overdragende selskapets eiendeler, rettigheter og forpliktelser ved fusjon overtas som helhet av ett overtakende selskap, mens det ved fisjon skal deles på flere selskap. Dette har betydning i relasjon til kontinuitetsprinsippet.⁴³

Det er også for fisjoners vedkommende anledning til å gjennomføre trekant- og firkantfisjon. Dette er hjemlet i asl./asal. § 14-2 tredje ledd. Bestemmelsen svarer til regelen i asl./asal. § 13-2 annet ledd om trekant- og firkantfusjoner. Jeg viser derfor til det jeg har skrevet om trekant- og firkantfusjon i pkt. 2.2 Nærmere om fusjon.

(Allmenn-)aksjeloven har ingen særregler om forenklede fisjoner mellom selskaper i samme konsern, tilsvarende det som gjelder for fusjon.⁴⁴

Det er også et særtrekk ved fisjon at eiendelene, rettighetene og forpliktelsene overføres til det overtakende selskapet, mens vederlaget tilfaller aksjonærene i det overdragende selskapet, jfr. asl./asal. § 14-2 første ledd. Som jeg skal se har dette betydning for eierkontinuiteten ved fisjon.⁴⁵

⁴³ Se nærmere pkt. 3.3.2 Forpliktelseskontinuitet.

⁴⁴ Se Gjems-Onstad s. 1216.

⁴⁵ Se pkt. 3.3.3 Eierkontinuitet.

3 Selskapsrettslig kontinuitet

3.1 Det selskapsrettslige kontinuitetsprinsipp

3.1.1 Innledende om kontinuitet

Kontinuitet betyr i terminologisk forstand at noe opprettholdes og fortsetter uavbrutt. I denne sammenheng er kontinuitetsbegrepet mer spesifikt en felles betegnelse på et sett med regler som tilsier at et selskap, eller deler av et selskap, kan overføres til ett eller flere andre selskap(er), uten at det finner sted noe identitetsskifte i forhold til det overdragende selskapets aksjonærer og medkontrahenter.⁴⁶ Alminnelige formue- og selskapsrettslige regler legger ikke til rette for sammenslåing eller deling av selskaper uten at det skjer et identitetsskifte. Bakgrunnen for de alminnelige formue- og selskapsrettslige reglene er hensynet til selskapets mindretallsaksjonærer og kreditorer.⁴⁷ Mindretallsaksjonærene ville ellers vært prisgitt flertallsaksjonærenes valg, og kreditor ville vært prisgitt den nye debtors betalingsevne eller -vilje. Som hovedregel behøver en aksjonær derfor ikke å godta et aksjebytte, og en kreditor behøver ikke å godta et debtorskifte. Unntak fra dette krever hjemmel, noe (allmenn-)aksjeloven kapittel 13 og 14 om henholdsvis fusjon og fisjon gir.

Bakgrunnen for (allmenn-)aksjelovens regler om fusjon og fisjon er altså at de alminnelige formue- og selskapsrettslige regler er til hinder for, eller i alle fall i stor grad vanskeliggjør, selskapsendringer som kan være både bedriftsøkonomisk og samfunnsøkonomisk ønskelige. Disse hensyn har lovgiver funnet så tungtveiende at regler om fusjon og fisjon har slått gjennom. Dette skjer på bekostning av hensynet til den enkelte mindretallsaksjonær og kreditor. På grunn av kontinuitetsprinsippet og andre enkeltstående

⁴⁶ Se Andenæs s. 580.

⁴⁷ Se Hagstrøm s. 841-842.

regler i (allmenn-)aksjeloven kapittel 13 og 14, er imidlertid hensynet til mindretallsaksjonærer og kreditorer i ganske stor grad ivaretatt.⁴⁸

Reguleringen av fusjon og fisjon i (allmenn-)aksjeloven gir således hjemmel til å gjennomføre et tvungent aksjebytte i forhold til mindretallsaksjonærer, og et tvungent debitorskifte i forhold til kreditorer. I forarbeidene uttrykkes det at hensikten med kontinuitetsprinsippet er å ta bort hindringer som ellers hviler på aksjeselskapsretten i forbindelse med organisatoriske endringer og omstillinger, slik at disse lettere kan gjennomføres.⁴⁹ Det heter videre at det på grunn av kontinuitetsprinsippet ikke skal skje noen endringer i de verdsettelse som kan danne grunnlag for beslutninger om utdeling av midler fra selskapet til aksjonærene, som ikke kunne ha skjedd dersom selskapene hadde fortsatt som selvstendige rettssubjekter. Dette er med på å beskytte kreditor.

Selv om kontinuitetsprinsippet står så sentralt som det gjør ved fusjon og fisjon, er det ifølge forarbeidene ikke gitt at det må følges helt konsekvent.⁵⁰ Det er nødvendig å ta høyde for at enkelte løsninger kan kreve andre særregler, som i den enkelte situasjon vil være mer formålstjenelig.⁵¹

3.1.2 Rettsutviklingen

Allerede aksjeloven av 1910 og skipsaksjeloven av 1916, hadde trekk av kontinuitet når det gjaldt sammenslåing av aksjeselskaper.⁵² Kontinuiteten var knyttet til at formuen som helhet ble overdratt og at eierposisjonen ble videreført. Det var jo nettopp dette sistnevnte som markerte skillet fra vanlig salg av selskapets aktiva. Den gang gjaldt derimot ikke kontinuitetsprinsippet for overføring av selskapets forpliktelser. Overføring av selskapets

⁴⁸ Se nærmere pkt. 3.2. Kontinuitetsprinsippet ved fusjon og pkt. 3.3 Kontinuitetsprinsippet ved fisjon.

⁴⁹ Se NOU 1992: 29 s. 197.

⁵⁰ NOU 1992: 29 s. 197

⁵¹ Et eksempel i så henseende er fisjonspartenes solidaransvar for forpliktelsene. Se nærmere pkt. 3.2.2 Forpliktelseskontinuitet (ved fisjon).

⁵² Se Giertsen s. 28-29.

forpliktelser var således betinget av at debitor samtykket til overdragelsen eller at fordringen ble gjort opp. Aksjeloven av 1957 brakte få endringer og bygde i hovedtrekk på 1910 loven. I og med at forpliktelser ikke var omfattet av kontinuiteten, kunne det være vanskelig å overføre en virksomhet samlet. Det innebar derfor en betydelig forenkling av prosessen da forpliktelseskontinuitet ble lovfestet i aksjeloven av 1976.

Kontinuitetsprinsippet var ikke omstridt ved lovrevisjonen som førte til aksjeloven og allmennaksjeloven av 1997 og ble således vedtatt uten problemer. Fisjon ble lovregulert først i 1997-lovene. Før dette hadde likevel visse fissionsformer utviklet seg i praksis.⁵³

3.2 Kontinuitetsprinsippet ved fusjon

3.2.1 Generelt om kontinuitetsprinsippet ved fusjon

Kontinuitetsprinsippet er ikke kommet eksplisitt til uttrykk i (allmenn-)aksjeloven kapittel 13 om fusjon. Forutsetningsvis fremgår prinsippet av asl./asal. § 13-2 første ledd, jfr. asl. §§ 13-23 og 13-24 begges første ledd og asal. § 13-24 første ledd, ved at det overdragende selskapets ”eiendeler, rettigheter og forpliktelser” må overdras ”som helhet” til ett overtakende selskap. Driftsmidler, fordringer og lån m.v., som det overdragende selskapet har før sammenslutningen, skal videreføres uendret i det overtakende selskapet. Det foreligger med andre ord et krav om full kontinuitet hva angår selskapets samlede kompleks.

Videre er det etter asl./asal. § 13-2 første ledd nr. 1 og 2, et krav om kontinuitet ved overføring av vederlaget. Overdragelsen av vederlaget innebærer ikke nødvendigvis full kontinuitet. Dette skyldes at det er rettslig adgang til å yte inntil 20 prosent av vederlaget i annet enn aksjer, jfr. asl./asal. § 13-2 første ledd nr. 2. Trekant- og firkantfusjon kan også lede til at eierkontinuiteten brister.⁵⁴

⁵³ Se Giertsen s. 39.

⁵⁴ Se pkt. 3.2.4 Eierkontinuitet.

Det selskapsrettslige kontinuitetsprinsippet ved fusjon naturlig deles opp i tre fragmenter. Vi har for det første forpliktelseskontinuitet, for det andre eiendels- og rettighetskontinuitet og endelig eierkontinuitet. Kontinuiteten på disse områdene henger sammen og utgjør følgelig det som kalles det selskapsrettslige kontinuitetsprinsippet. I det følgende skal jeg se nærmere på disse fragmentene i kontinuitetsprinsippet.

3.2.2 Forpliktelseskontinuitet

Det følger direkte av ordlyden i asl./asal. § 13-2 første ledd at det overtakende selskapet skal tre inn i det overdragende selskapets forpliktelser. Reglene om kreditorvarsel i asl. § 13-15 og asal. § 13-16 gir uttrykk for det samme. Som jeg har sett, kan et selskap etter alminnelige avtalerettslige prinsipper ikke velte sine forpliktelser over på andre uten samtykke fra kreditor.⁵⁵ Fusjonsreglene utgjør med andre ord et unntak fra dette alminnelige prinsipp. Dette leder til at kreditor får en ny debitor til sin fordring. Betingelsen er at overdragelsen av forpliktelsene skjer samlet med selskapets eiendeler og rettigheter, samt at dette komplekset overføres som en helhet, jfr. asl./asal. § 13-2 første ledd. Kreditor må derfor som hovedregel respektere et debitorskifte ved fusjon. Dette er et utslag av kontinuitetsprinsippet.

Det følger av forarbeidene at fusjonsinstituttet i atskillig grad hviler på den kontinuitet som vil foreligge med hensyn til selskapets virksomhet.⁵⁶ At kontinuiteten også omfatter adgangen til å videreføre forpliktelser er av avgjørende betydning for muligheten til å gjennomføre fusjoner i praksis. Dersom kreditorsamtykke hadde vært et vilkår og samtykke ikke ble gitt, kunne situasjonen blitt at eiendeler måtte realiseres for å innfri kravet fra kreditor. Dette ville ha vanskeliggjort en samlet overføring av selskapets kompleks.

Det overtakende selskapets ansvar omfatter også forpliktelser som oppstår etter at fusjonsavtalen er undertegnet, men før fusjonen trer i kraft. Dette følger av en naturlig

⁵⁵ Se pkt. 3.1.1 Innledende om kontinuitet.

⁵⁶ Ot. prp. nr. 19 (1974-75) s. 200-203 og NOU 1992: 29 s. 197-198.

språklig forståelse av ordlyden ”som helhet”, som tilsier at hele komplekset skal overdras. Denne forståelsen blir i tillegg styrket av hensynet til kreditor, som ellers kunne risikere å stå uten debitor til sin fordring. En slik løsning ville harmonere dårlig med kontinuitetsprinsippet. Det overtakende selskapet kan derfor bli ansvarlig for forpliktelser som er usikre ved overtakelsen, både hva angår eksistens og omfang. Dette er også lagt til grunn av Høyesterett. I Rt. 1928 s. 660 måtte det overtakende selskapet finne seg i å bli part i en ligningssak om endring av det overdragende selskapets ligning og eventuelle tilleggsskatt. At også partsstilling i en straffesak overføres, følger av Rt. 1995 s. 1922.

Kontinuitetsvilkåret i asl./asal. § 13-2 første ledd inneholder i seg selv et visst vern av kreditor. Selv om det overdragende selskapet oppløses ved fusjonen, overføres komplekset som helhet. Dette innebærer at de eiendeler og rettigheter som hvilte på det overdragende selskapet, fremdeles er mulige beslagsobjekter for kreditor. Forskjellen ligger bare i at kreditor må forholde seg til det overtakende selskapet som debitor, og da i konkurranse med dette selskapets øvrige kreditorer. Hertil kommer også at komplekset må inneholde en nettoverdi, noe som følger forutsetningsvis av asl./asal. § 13-4, ved at vederlagsaksjene må utstedes etter reglene om kapitalforhøyelse eller nystiftelse. Det samme følger av asl./asal. § 2-6 første ledd nr. 4, ved at eiendelene som det overtakende selskapet skal motta, minst må tilsvare verdien av vederlaget. Dette har spesielt betydning for kreditorene til det overtakende selskapet, som dermed ikke risikerer å overta et selskap med negativ egenkapital. Til tross for dette blir kreditorvernet i utgangspunktet svekket ved fusjon i forhold til en ordinær oppløsning. Det skyldes at kreditor ikke selv har herredømme over hvem som blir debitor for fordringen.⁵⁷ Kreditorvernet er på denne bakgrunn ytterligere styrket i asl. §§ 13-14 og 13-15 og asal. §§ 13-15 og 13-16. Etter asl. § 13-15 og asal. § 13-16 begges første ledd, kan kreditor kreve at en fordring betales før fusjonen trer i kraft dersom den er uomtvistet og forfalt. Dersom fordringen er omtvistet eller ikke forfalt, kan kreditor kreve at det stilles sikkerhet for fordringen, dersom det ikke allerede foreligger betryggende sikkerhet for den, jfr. asl. § 13-15 og asal. § 13-16 begges annet ledd. Dette

⁵⁷ Se Ot. prp. nr. 19 (1974-75) s. 202.

kreditorvernet kan ses på som et motstykke til kontinuitet, fordi kreditor, på grunn av kravet til kontinuitet, ikke kan påberope seg vanlige regler om debitorskifte ved fusjon.

Kontinuitetsprinsippet innebærer ikke bare en negativ belastning for kreditorene. På grunn av kontinuitetsprinsippet kan selskaper ved hjelp av fusjon omstrukturere seg slik at de blir mer konkurransedyktige. Dersom dette lykkes får selskapene en formuesvekst, og kreditors interesser blir dermed indirekte ivaretatt.⁵⁸

Det overdragende selskapet kan ha forpliktelser overfor mindretallsaksjonærene i form av vedtektsfestede minoritetsrettigheter. Dermed oppstår spørsmålet om kontinuitetsprinsippet gjelder for slike forpliktelser, slik at de vedtektsfestede minoritetsrettighetene blir videreført i det overtakende selskapet. Kravet til forpliktelseskontinuitet i asl. § 13-2 første ledd innebærer at forpliktelsene skal overføres til det overtakende selskapet. Dette er imidlertid en rett som er gitt selskapet, slik at forpliktelser kan overføres uten kreditorsamtykke. Problemstillingen ligger dermed utenfor sentrum av hva kravet til forpliktelseskontinuitet er ment å regulere. Intensjonen med kontinuitetsprinsippet i asl. § 13-2 første ledd, at selskapets samlede kompleks skal overføres som helhet, indikerer likevel at også vedtektsfestede minoritetsrettigheter skal videreføres.

Til tross for dette ligger løsningen antakelig i asl. § 13-7 første ledd, som bestemmer at fusjonsplanen skal inneholde et forslag til vedtektsendringer i det overtakende selskap. Av asl. § 13-3 annet ledd fremgår det at fusjonen blir besluttet av generalforsamlingen ved å godkjenne fusjonsplanen i sin helhet, med flertall som for vedtektsendring etter asl. § 5-18 første ledd. Generalforsamling ser dermed ut til å kunne vedta fusjonen, inkludert endringer i vedtektene, til skade for minoritetsaksjonærene. Dersom en aksjonær eller aksjonærgruppe eier mer enn to tredjedeler i to selskaper, kan de i tilfelle velge å fusjonere selskapene slik at minoritetsaksjonærene mister sine vedtektsfestede minoritetsrettigheter.

⁵⁸ Se Giertsen s. 60.

Dette virker urimelig, og det kan stilles spørsmål med om en slik beslutning strider mot generalklausulen i asl. § 5-21.⁵⁹

3.2.3 Eiendels- og rettighetskontinuitet

Det følger av ordlyden i asl./asal. § 13-2 første ledd at et selskaps eiendeler og rettigheter skal overføres til det overtakende selskap ved fusjon. Dette innebærer at det overtakende selskapet trer inn i det overdragende selskapets eierposisjoner og andre rettighetsposisjoner som det overdragende selskapet hadde før fusjonen. Det foreligger med andre ord et krav om eiendels- og rettighetskontinuitet. Som en følge av dette kan det blant annet bygges på eksisterende avtaler, noe som ofte vil være av stor betydning for den videre drift.

Hovedregelen etter alminnelig kontraktsrett er imidlertid også at man har adgang til å overføre eiendels- og rettighetsposisjoner.⁶⁰ At kontinuitetsprinsippet, som er forankret i asl./asal. § 13-2 første ledd, har selvstendig betydning for adgangen til å overdra eiendeler og rettigheter ved fusjon, viser seg da først i de tilfeller hvor det er unntak fra den alminnelige kontraktrettslige hovedregel.

Den rettslige adgangen til å overføre eiendeler og rettigheter etter asl./asal. § 13-2 går lenger enn den alminnelige kontraktsrettslige regel. I forarbeidene brukes som eksempel en leierettighet som er knyttet til det overdragende selskapet.⁶¹ I en slik situasjon kan leietaker ha så stor betydning for utleier, at fremleie normalt bare kan skje dersom utleier samtykker.⁶² Likevel må en utleier som regel godta en ny leietaker, det overtakende selskapet, dersom det har vært gjennomført en fusjon, jfr. kravet til kontinuitet i asl./asal. § 13-2 første ledd. Fra dette utgangspunktet må det gjøres reservasjon for de tilfeller hvor en annen løsning følger av lov eller avtale.⁶³ Forarbeidene angir imidlertid at

⁵⁹ Det faller imidlertid utenfor avhandlingen å gå inn i denne problemstillingen.

⁶⁰ Se Hagstrøm s. 857.

⁶¹ Ot. prp. 19 (1974-75) s. 201.

⁶² Se nå husleieloven 1999 § 8-4 første og tredje ledd.

⁶³ Ot. prp. nr. 19 (1974-75) s. 202 og 209.

slik lov eller avtale skal tolkes med bakgrunn i kontinuitetsprinsippet, slik at det skal særlige holdepunkter til for at uoverdrageligheten også omfatter fusjon.⁶⁴ Fordi kontinuitetsprinsippet tilsier at det overtakende selskapet skal identifiseres med det overdragende selskapet, må utgangspunktet ved tolkningen derfor være at det ikke har skjedd noe identitetsskifte i forhold til rettighetene.

Et spørsmål er imidlertid om fusjonen kan føre til at det oppstår en bristende forutsetning for avtaleforholdet, slik at avtalen kan heves. Lisensavtale er brukt som eksempel i forarbeidene.⁶⁵ En lisensavtale er ofte så sterkt knyttet til de spesifikke avtaleparter, at dersom lisensrettigheten blir overdratt fra et selskap til et annet, kan det innebære en bristende forutsetning. At det i seg selv er snakk om en lisensavtale er likevel ikke tilstrekkelig til å påberope seg bristende forutsetning. Også for slike rettigheter beror resultatet på en tolkning av det aktuelle rettgrunnlaget med bakgrunn i kontinuitetsprinsippet. Det samme må gjelde for annen konsesjon eller tillatelse i henhold til offentligrettslige regler. Blir en slik avtale eller liknende hevet på grunn av bristende forutsetninger, hindrer det likevel ikke fusjon av selskapets øvrige eiendeler. At en fusjon er gjennomført kan ikke i seg selv innebære en bristende forutsetning. Grunnen må i tilfelle være at fusjonen i realiteten har endret situasjonen så mye at det foreligger en bristende forutsetning. Kreditor må videre anses for ikke å ha noen hevingsgrunn på grunn av bristende forutsetninger dersom han i stedet kan kreve at det stilles betryggende sikkerhet for kravet.⁶⁶

3.2.4 Eierkontinuitet

For at disposisjonen skal bli ansett som fusjon, er det videre et vilkår at aksjonærene i det overdragende selskapet fortsetter som aksjonærer i det overtakende selskapet. Dette er kravet til kontinuitet på eiersiden. Det følger av asl./asal. § 13-2 første ledd at aksjonærene

⁶⁴ Ot. prp. nr. 19 (1974-75) s. 201.

⁶⁵ Ot. prp. nr. 19 (1974-75) s. 202 og 209.

⁶⁶ Ot. prp. nr. 19 (1974-75) s. 200-203 og 209.

i det overdragende selskap skal få vederlag for å overføre selskapets eiendeler, rettigheter og forpliktelser. Det er to alternativer når det gjelder hva vederlaget kan bestå av. Etter asl./asal. § 13-2 første ledd nr. 1 kan vederlaget bestå utelukkende av aksjer i det overtakende selskapet. På denne måten opprettholdes det kontinuitet på eiersiden fullt ut. Samtlige aksjonærer i det overdragende selskapet får i tilfelle vederlagsaksjer som fullt ut tilsvare verdien av aksjeposten i det overdragende selskapet. Alternativt kan vederlaget bestå av aksjer i det overtakende selskapet, men med et tillegg som ikke må overstige 20 prosent av det samlede vederlaget, jfr. asl./asal. § 13-2 første ledd nr. 2. Tilleggsytelsen er i loven beskrevet som ”et tillegg”. En vanlig språklig forståelse av dette angir at både kontanter og andre eiendeler kan anvendes. Dette følger også av forarbeidene.⁶⁷

Muligheten for å motta annet vederlag enn aksjer i det overtakende selskapet, innebærer et brudd i eierkontinuiteten. Det skyldes at ikke 100 prosent av eierskapet i det overdragende selskapet videreføres til det overtakende selskapet. Bakgrunnen for at lovgiver har valgt å gi en mulighet for å bryte med kontinuitetsprinsippet, er først og fremst begrunnet i praktiske forhold. Det kunne ellers være vanskelig å få bytteforholdet til å gå opp.⁶⁸ Lovgiver har således erkjent at det er et behov for en viss elastisitet når det gjelder vederlag i annet enn aksjer.⁶⁹ Dette hensynet er dermed funnet å veie tyngre enn hensynet til 100 prosent eierkontinuitet, og dermed også hensynet til mindretallsaksjonærer som risikerer å bli utløst for inntil 20 prosent av sin aksjepost, og hensynet til kreditor som risikerer at selskapet kan bli tappet for inntil 20 prosent av selskapets beholdning. At mindretallsaksjonærene kan havne i denne situasjonen følger av at det er generalforsamlingen som beslutter fusjon med flertall som for vedtektsendring, jfr. asl./asal. §§ 13-3 annet ledd og § 5-18 første ledd.⁷⁰ Mindretallsaksjonærene, som kan utgjøre opptil en tredjedel, må ved beslutning om fusjon med bruk av tilleggsvederlag,

⁶⁷ Ot. prp. nr. 19 (1974-75) s. 209.

⁶⁸ Se NOU 1992: 29 s. 194.

⁶⁹ Se Ot. prp. nr. 19 (1974-75) s. 209.

⁷⁰ Det kan fastsettes strengere flertallskrav i vedtektene, jfr. asl./asal. § 5-18 tredje ledd.

akseptere at aksjene blir erstattet av et kontantvederlag for inntil 20 prosent av sin aksjepost.

Begrunnelsen for at tilleggsvederlaget ikke kan være større, er at aksjonærene ikke skal kunne trekke ut sine innskudd. Dette følger av forarbeidene til 1976-loven og er først og fremst begrunnet i kreditorvernet.⁷¹ Dersom aksjonærene hadde hatt anledning til å trekke ut sine innskudd ved å motta hele vederlaget i kontanter, ville formuen til det overdragende selskapet blitt redusert. Dette ville ha vært til skade for kreditorene. Lovgiver antar på denne bakgrunn at det er en sammenheng mellom kreditorvernet og eierkontinuitet.⁷² I tillegg er det i forarbeidene til 1997-lovene anført at en adgang til å gjøre opp fusjonsvederlaget i penger kan innebære en mulighet til å tvangsinnløse mindretallsaksjonærene i det overdragende selskapet.⁷³ Mindretallsaksjonærene ville i et slikt tilfelle ikke hatt noe valg med hensyn til videre eierskap. Konsekvensen ville være at fusjonen fortonet seg som et salg, med det resultat at kontinuiteten på eiersiden ble brutt i større grad enn det er adgang til per i dag.

Som et utgangspunktet skal aksjonærene i det overdragende selskapet delta med forholdsmessighet i det overtakende selskapet. Annerledes uttrykt betyr det at vederlagsaksjene skal fordeles på aksjonærene i det overdragende selskapet i forhold til størrelsen på den enkeltes aksjepost. Dette er et utslag av likhetsprinsippet i asl./asal. §§ 4-1 første ledd og 5-21. Spørsmålet om vederlagsaksjene ved fusjon kan skjevdeles, er ikke regulert i (allmenn-)aksjeloven. En skjevdeling innebærer at enkelte aksjonærer ikke beholder sine relative eierinteresser, slik at eierkontinuiteten brytes. Dette er tilfelle dersom for eksempel alle aksjonærene skal få aksjer i det overtakende selskapet, men i et annet forhold enn i det overdragende. Det samme gjelder dersom tilleggsvederlaget anvendes til å utløse en eller flere aksjonærer. I asl./asal. § 14-6 tredje ledd har vi en bestemmelse som forutsetningsvis gir hjemmel til å gjennomføre skjevdelingsfusjon. Dette kan gi grunnlag

⁷¹ Ot. prp. nr. 19 (1974-75) s. 209.

⁷² Ot. prp. nr. 19 (1974-75) s. 200.

⁷³ Ot. prp. nr. 23 1996-97 s. 113-114.

for å tolke reglene analogisk til også å omfatte skjevdelingsfusjon. Motsetningsvis kan det faktum at skjevdelingsfusjon ikke er regulert på lik linje med skjevdelingsfisjon, gi grunnlag for en antitetisk tolkning. Tolkningen ville i så fall lede til at skjevdelingsfusjon ikke kunne foretas. Spørsmålet blir derfor om det er en bevisst lovgiverhandling at skjevdelingsfusjon ikke er regulert i (allmenn-)aksjeloven. Forarbeidene er tause. Dette indikerer at lovgiver sannsynligvis ikke har overveid problemet. Problemstillingen blir dermed om det foreligger reelle hensyn som tilsier at skjevdelingsfusjon bør kunne gjennomføres. Kravet til eierkontinuitet, som ellers gjør seg sterkt gjeldende for fusjonsinstituttet, kunne tale for å nekte skjevdelingsfusjon. Kravet til eierkontinuitet gjør seg imidlertid sterkt gjeldende også ved fisjon. Avgjørende må da bli at en skjevdelingsfisjon kombinert med en fusjon kan medføre at vederlaget blir skjevdelte ved fusjon. Et eksempel kan vise dette: AS A fisjoneres til AS B og AS C med en skjevdeling av vederlagsaksjene, jfr. asl./asal. § 14-6 tredje ledd. Deretter fusjoneres AS D som overtakende selskap med AS B og AS C med en vanlig forholdsmessig fordeling av vederlagsaksjene. Formuene i AS A og AS D er slik smeltet sammen, men med en skjevdeling av vederlagsaksjene. Når en slik løsning kan oppnås, er det ingen reelle hensyn som tilsier at (allmenn-)aksjeloven må tolkes dit hen at skjevdelingsfusjon er utelukket. Vederlagsaksjene kan således også ved fusjon deles uforholdsmessig.⁷⁴

Problemstillingen er dermed hvilket flertallskrav som skal gjelde for å beslutte skjevdelingsfusjon. Utgangspunktet er at en skjevdelingsfusjon innebærer en ”beslutning som er egnet til å gi visse aksjeeiere ... en urimelig fordel på andre aksjeeieres ... bekostning” etter asl. § 5-21. Kravet til flertall er i slike tilfeller satt til enstemmighet, jfr. asl./asal. § 5-20 første ledd. Særregelen om flertallskravet for skjevdelingsfisjon strider med flertallskravet som kreves ved beslutninger i strid med generalklausulen i asl./asal. § 5-21. Denne særregelen kan derfor ikke gis større anvendelse enn ordlyden tilsier. Flertallskravet som gjelder for skjevdelingsfisjon, kan således ikke tolkes analogisk til også å omfatte skjevdelingsfusjon. Ved at flertallskravet er enstemmighet blir

⁷⁴ Se Giertsen s. 115-116.

mindretallsaksjonærenes interesser ivaretatt. Skjevdelingsfusjon må etter dette antas å være et ønske fra samtlige aksjonærer. Tilleggsvederlaget kan heller ikke ved skjevdeling overstige 20 prosent av det samlede vederlaget. Selskapet blir dermed ikke tappet for ytterligere kapital. Skjevdelingsfusjon er således ikke kreditorskadelig, da det er irrelevant for kreditorene hvordan selskapene fordeles internt mellom aksjonærene. Bruddet med eierkontinuiteten er derfor uproblematisk både for aksjonærene og kreditorene.⁷⁵

Trekant- og firkantfusjoner kan også medføre et kontinuitetsbrudd på eiersiden, fordi det overdragende selskapet ikke mottar aksjer i det overtakende selskapet, men i det overtakende selskapets morselskap eller et annet datterselskap i konsernet, jfr. asl./asal. § 13-2 annet ledd. Når aksjonærene i det overdragende selskapet får vederlagsaksjer fra et annet selskap enn det overtakende, er det tydelig at lovgiver har lagt større vekt på forenkling av innfusjonering i konsern, enn på opprettholdelse av eierkontinuitet. I særlig grad gjelder dette ved firkantfusjon, hvor det verken er direkte eller indirekte eierkontinuitet. Et eksempel vil vise dette. Forutsetningen i eksempelet er at AS A eier 100 prosent av AS B, som igjen eier 100 prosent av AS C. Dersom et overdragende selskap blir overdratt til AS B, men får vederlagsaksjer i AS C, har ikke det overdragende selskapets aksjonærer kontroll over sitt tidligere selskap. Dette skyldes at de har overtatt aksjer i et selskap som ikke har innflytelse på det overtakende selskapet.⁷⁶ Mer vanlig er det imidlertid at aksjonærene får vederlagsaksjer i morselskapet AS A. Aksjonærene fra det overdragende selskapet vil da gjennom morselskapet ha indirekte innflytelse på det overtakende selskapet. Eierkontinuiteten er dermed ikke fullstendig brutt. Denne indirekte innflytelsen kan likevel være sterkt begrenset, avhengig av hvor stor aksjepost vederlagsaksjene utgjør av den totale aksjeposten i morselskapet. Er det selskapet som yter vederlagsaksjene forholdsmessig mye større enn det overdragende, vil vederlagsaksjene utgjøre en liten prosentandel av den totale aksjeposten. For mindretallsaksjonærene i det overdragende selskapet kan dette nærmest få virkning som en innløsning av aksjene i det overdragende selskap, mot at de får aksjer i et annet selskap. På denne bakgrunn kan det

⁷⁵ Se Giertsen s. 116 for mer om denne problemstillingen.

⁷⁶ Se Giertsen s. 134-135.

hevdes at lovgiver nærmest ignorerer hensynet til mindretallsaksjonærene, som risikerer å miste innflytelsen på "sitt" selskap.

Ved trekant- og firkantfusjon er det anledning til å forhøye aksjekapitalen i mor- eller datterselskapet, ved at det overtakende selskapet utsteder en fordring som anvendes som aksjeinnskudd i det selskapet som yter vederlagsaksjene. Dette følger av asl./asal. § 13-2 annet ledd annet punktum. Denne fordringsmodellen kan medføre et kapitaluttak fra det overtakende selskapet som kan få samme økonomiske virkning som et salg.⁷⁷ Det skyldes at fordringen "tilsvarer den egenkapital det overtakende selskapet tilføres ved fusjonen". Følgende eksempel kan vise dette: Et overtakende selskap mottar ved fusjonen eiendeler, rettigheter og forpliktelser som til sammen har en nettoverdi på 1 million kroner. Vederlagsaksjene blir ytt av det overtakende selskapets morselskap. For dette får morselskapet en fordring på datterselskapet på 1 million kroner. Det overtakende selskapet har dermed ikke mottatt noen netto kapitaltilførsel. Ved en normal fusjon blir dette annerledes, fordi det overtakende selskapet selv må yte vederlaget, normalt ved å gjennomføre en aksjekapitalforhøyelse. Siden tilleggsvederlaget er begrenset til 20 prosent av det samlede vederlaget, vil det overtakende selskapet erverve en nettoverdi. Det er denne nettoverdi som tradisjonelt har vært ansett for å utgjøre motstykke til at kreditorene i det overdragende selskapet ikke kan påberope seg vanlige regler om debitorskifte. Denne nettoverdi ligger dermed som en forutsetning for eierkontinuitet. Dette motstykket fant likevel ikke Justisdepartementet avgjørende ved innføringen av fordringsmodellen. Det følger av en uttalelse i forarbeidene, hvor de fremhevet at det overfor datterselskapets kreditorer ved en slik fusjon eller fisjon ikke "kan reises avgjørende innvendinger" fordi "det ... ikke finner sted noen endring av verdiene i datterselskapet".⁷⁸

Man kan på denne bakgrunn spørre seg hvorfor lovgiver ikke tillater at hele vederlaget ytes i kontanter eller andre eiendeler som ikke er vederlagsaksjer. Det er klart at et slikt vederlag heller ikke vil medføre en verdiendring. En åpning for å yte hele vederlaget i

⁷⁷ Se Giertsen s. 142-144.

⁷⁸ Ot. prp. nr. 44 (1997-98) s. 19.

kontanter kan imidlertid være kreditorskadelig, fordi selskapet i tilfelle blir mindre likvid. Dette kan også bli resultatet etter fordringsmodellen, fordi en innfrielse av fordringen under ett vil ha samme virkning som å yte hele vederlaget i kontanter. Forskjellen mellom 100 prosent kontantvederlag og fordringsmodellen kan derfor virke noe kunstig, men avgjørende for lovgiver har vært at eierkontinuiteten fremdeles antas å være i behold ved bruk av fordringsmodellen.

Ved trekant- og firkantfusjon oppstår spørsmålet om hvem som kan yte tilleggsvederlaget. Bestemmelsen i asl./asal. § 13-2 annet ledd er taus. Formålet med bestemmelsen, å bidra til fleksibilitet i konsernforhold, tilsier at morselskapet eller det ”annet datterselskap” som yter aksjene også kan yte tilleggsvederlaget. Under 1976-loven kunne tillegget ytes av det overtakende selskapet og av morselskapet. Av forarbeidene til 1997-lovene fremgår det forutsetningsvis at innføringen av firkantfusjon medfører at også det ”annet selskap” kan yte tilleggsvederlaget.⁷⁹ Etter innføringen av fordringsmodellen får det overtakende selskapet, på grunn av fordringen, ingen netto kapitaltilførsel ved fusjonen. Yter det overtakende selskapet tilleggsvederlaget, får det derimot en nedgang i sin formuesstilling. Dette øker risikoen for kreditorene i selskapet, og harmonerer dårlig med kontinuitetsprinsippet som utgjør bakgrunnen for at kreditorene må finne seg i debitorskifte. Dette må være avgjørende, slik at det selskapet som tilføres midler og får en formuesvekst, i tilfelle må yte tilleggsvederlaget.

Når det gjelder forenklet fusjon mellom konsernselskaper, jfr. asl. §§ 13-23 og 13-24 og asal. § 13-24, er kontinuiteten på eiernivå fullkommen. Det skyldes at det ikke ytes vederlag fordi morselskapet eier datterselskapet eller datterselskapene fullt ut. Det skjer dermed ingen endringer i eierposisjonene. Sagt med andre ord er det fullt ut de samme aksjonærene som har kontroll over selskapet.

⁷⁹ I NOU 1996: 3 s. 172, hvor det fremgikk at området for trekantfusjoner ble foreslått utvidet til også å omfatte firkantfusjoner, fremgikk det også at utkastet svarte til forslaget i Ot. prp. 36 (1993-94) s. 302 om at selskapet som ytet aksjene, også kunne yte tilleggsvederlag.

3.3 Kontinuitetsprinsippet ved fisjon

3.3.1 Generelt om kontinuitetsprinsippet ved fisjon

Kontinuitetsprinsippet er heller ikke ved fisjon kommet eksplisitt til uttrykk i (allmenn-)aksjeloven. Prinsippet forutsettes likevel i asl./asal. § 14-2 første og annet ledd, som gir hjemmel til å fordele selskapets eiendeler, rettigheter og forpliktelser på ett eller flere andre selskaper. Fisjon gjennomføres således ved at hele eller deler av selskapets kompleks videreføres uendret til ett eller flere andre (allmenn-)aksjeselskaper. Dette tilsier at fisjoner gjennomføres med kontinuitet. At komplekset ved fisjon ikke skal overføres som helhet til ett selskap, indikerer likevel at kontinuitetsprinsippet er mindre konsekvent ved fisjon enn fusjon. Det er dette jeg skal se på i det følgende. Ved fisjon må det også skilles mellom overdragelse av aksjer og overdragelse av eiendeler, rettigheter og forpliktelser, jfr. asl./asal. § 14-2 første ledd. Det er derfor naturlig at fremstillingen i det følgende deles inn i forpliktelseskontinuitet, eiendels- og rettighetskontinuitet og eierkontinuitet.

3.3.2 Forpliktelseskontinuitet

At man etter alminnelige avtalerettslige prinsipper ikke kan velte sine forpliktelser over på andre uten samtykke fra kreditor, gjelder som et utgangspunkt også ved fisjon.⁸⁰ Som det fremgår av ordlyden i asl./asal. § 14-2 første og annet ledd, er det ved fisjon et unntak fra denne hovedregelen. Bestemmelsen åpner dermed for at forpliktelser kan overdras uten kreditorsamtykke. Kreditorvernet står likevel i en annen stilling ved fisjon enn ved fusjon.⁸¹

Forpliktelseskontinuitet kan ved fusjon begrunnes med at det overdragende selskapet overfører selskapet som helhet til det overtakende selskapet. Kreditor har således fremdeles det overdragende selskapets eiendeler og rettigheter som mulige beslagsobjekter.

Forskjellen ligger i at kreditor må forholde seg til det fusjonerte selskapet som debitor. Ved fisjon er situasjonen annerledes for kreditor. Det overdragende selskapet blir ved fisjon

⁸⁰ Se Hagstrøm s. 841-842.

⁸¹ Se Giertsen s. 42-43.

ikke overført ”som helhet”, men overfører deler av sitt kompleks til ett eller flere selskaper, eller fordeler hele komplekset på to eller flere selskaper slik at det selv oppløses, jfr. asl./asal. § 14-2 første og annet ledd. Overdragelse av eiendeler, rettigheter og forpliktelser skal altså ikke overdras samlet til ett selskap. Ved fisjoner hvor det overdragende selskapet består, har kreditor færre eiendeler og rettigheter igjen i dette selskapet som mulige beslagsobjekter til sin fordring. I tilfelle det overdragende selskapet oppløses, befinner de mulige beslagsobjekter seg på flere selskaper. Dersom kontinuitetsprinsippet skal følges helt konsekvent for forpliktelser, vil situasjonen være at det overtakende selskapet alene skal hefte for de overtatte forpliktelser. Dette reiser spørsmål ved om kreditorvernet er tilstrekkelig ivaretatt ved en konsekvent anvendelse av kontinuitetsprinsippet. I og med at man ved en slik regel risikerer at forpliktelsene blir plassert i et mindre solid selskap, tilsier kreditorvernet at det er behov for alternative regler. Dette har lovgiver tatt konsekvensen av ved å oppstille solidaransvar for alle parter som har deltatt i fisjonen, jfr. asl./asal. § 14-11 tredje ledd. Dersom det selskapet som etter fisjonsplanen hefter for forpliktelsen, ikke oppfyller overfor kreditor, blir alle fisjonsdeltakerne ansvarlige.⁸² Solidaransvaret er likevel begrenset til den nettoverdi det enkelte selskap er blitt tilført ved fisjonen, jfr. asl./asal. § 14-11 tredje ledd annet punktum.

Konsekvensen av solidaransvaret for kreditor, er at han får ytterligere minst en debitor ved en fisjon hvor det overdragende selskapet består. Ved en likvidasjonsfisjon blir samtlige overtakende selskaper ansvarlige. Selv om eiendelene, rettighetene og forpliktelsene er overdratt slik at disse nå ligger på flere selskaper, er alle selskapene som har vært parter i fisjonen ansvarlig for forpliktelsene. På bakgrunn av solidaransvaret kan man nærmest si at forpliktelseskontinuiteten ved fisjon er tilsvarende som ved fusjon. Forskjellen i kreditorvernet i forhold til fusjon er at beslagsobjektene blir fordelt på minst to selskaper. Denne ulempen er i stor grad oppveid ved solidaransvaret. Uten solidaransvaret ville ikke bakgrunnen for at kreditor må akseptere et debitorskifte være oppfylt. Selv om kontinuitetsprinsippet per definisjon ikke følges konsekvent, er dette resultatet i tråd med

⁸² Se NOU 1992: 29 s. 200.

intensjonene i kontinuitetsprinsippet, som tilsier at kreditor ikke får dårligere sikkerhet for sin fordring.

Et annet problem som kan oppstå ved fisjon, er at evnen til å oppfylle forpliktelser i annet enn penger kan bli forringet.⁸³ Ordlyden i asl./asal. § 14-11 tredje ledd tyder på at solidaransvaret bare gjelder pengeforpliktelser: ”begrenset til et beløp”.

(Allmenn-)aksjeloven kapittel 14 har ingen spesielle bestemmelser for andre forpliktelser enn pengeforpliktelser. Det antas i forarbeidene at de problemer som kan oppstå ved en fusjon, kan løses ved alminnelige rettsgrunnsetninger.⁸⁴ Det må antas at det samme gjelder for fisjon. Ved fusjon blir som kjent det overdragende selskapets virksomhet overført som helhet. Det inkluderer også evnen til å oppfylle forpliktelser som for eksempel verksarbeid, transportoppdrag osv. Ved fisjon kan man derimot risikerer at ressursene ikke blir overtatt av det samme selskapet som overtar plikten til å oppfylle forpliktelsene. Dette vil kunne være til så stor skade for kreditor, at det undertiden kan antas å foreligge en relevant bristende forutsetning som gir grunnlag for å heve avtalen. Den nærmere vurdering må selvsagt skje i relasjon til hvert enkelt rettsforhold. Dersom en avtale blir hevet på grunn av bristende forutsetninger, står imidlertid ikke det i veien for resten av fisjonen.

Kreditorvernet i asl. § 13-15 og asal. § 13-16 gjelder tilsvarende ved fisjon, jfr. asl./asal. § 14-7.⁸⁵

3.3.3 Eiendels- og rettighetskontinuitet

Asl./asal. § 14-2 første og annet ledd gir hjemmel til å overføre eiendeler og rettigheter fra et selskap til et annet. Dette er også hovedregelen etter alminnelig formuerett.⁸⁶ På lik linje med fusjon gir da bestemmelsen i asl./asal. § 14-2 første og annet ledd hjemmel til å

⁸³ Se Giertsen s. 42.

⁸⁴ NOU 1992: 29 s. 197.

⁸⁵ Se pkt. 3.2.2 Forpliktelseskontinuitet (ved fusjon)

⁸⁶ Se Hagstrøm s. 857.

overføre slike posisjoner også hvor det er unntak fra den alminnelige hovedregelen. Det fremgår av forarbeidene at fisjon kommer i samme stilling som fusjon på dette punktet.⁸⁷ Det som står i pkt. 3.2.3 om fusjon, gjelder derfor tilsvarende.

3.3.4 Eierkontinuitet

Overtakende selskap skal ved fisjon yte vederlag til aksjonærene i det overdragende selskapet. I likhet med fusjon er det spesielt dette trekket som skiller fisjon fra annen overdragelse. Vederlaget kan enten bestå av aksjer i de(t) overtakende selskap(er), eller av slike aksjer med et tillegg som ikke må overstige 20 prosent av det totale vederlaget, jfr. asl./asal. § 14-2 første ledd nr. 1 og 2. Dermed er det heller ikke for fisjon påkrevd med 100 prosent eierkontinuitet. Både tolkningen av ordlyden ”tillegg” og begrunnelsen for bruddet med eierkontinuiteten svarer til det som er sagt om fusjon i pkt. 3.2.4.

På et punkt er vederlagsbestemmelsen i asl./asal. § 14-2 første ledd annerledes enn den tilsvarende regel for fusjon i asl./asal. § 13-2 første ledd. Vederlaget til det overdragende selskapets aksjonærer er i asl./asal. § 14-2 første ledd nr. 1 beskrevet som ”aksjer i selskapet eller i ett eller alle av de overtakende selskaper”. Med ”selskapet” menes her det overdragende selskapet. Det kan virke noe forvirrende at aksjonærer i det overdragende selskapet skal få vederlag i form av aksjer i det overdragende selskapet. Dette er likevel bare aktuelt dersom ett av formålene med fisjonen er å fordele selskapene mellom aksjonærgrupper. Aksjonærer som beholder det resterende av det overdragende selskapet etter fisjonen, vil da også beholde en tilsvarende del av aksjene i dette selskapet. De kan således sies å få vederlag i form av aksjer i det overdragende selskapet. Situasjonen er derfor uaktuell dersom det overtakende selskapet skal eies i det samme forholdet som det overdragende. Dette indikerer at det overdragende selskapets aksjonærer ikke nødvendigvis må delta i samme forhold i alle selskaper som er fusionsparter. Resultatet blir i tilfelle skjevdeling som har til følge at eierkontinuiteten brister. Som jeg skal se følger det samme av asl./asal. § 14-6 tredje ledd.

⁸⁷ NOU 1992: 29 s. 200.

Utgangspunktet ved fisjon er at aksjonærene i det overdragende selskapet skal delta med forholdsmessighet i det eller de overtakende selskap(er). Forutsetningsvis fremgår det av asl./asal. § 14-6 tredje ledd, at det ved fisjon likevel er anledning til å fordele vederlagsaksjene uforholdsmessig.⁸⁸ At aksjonærene ”ikke [skal] kunne delta i samme forhold i alle selskapene” som er parter i fisjonen, betyr at fordelingen mellom aksjonærene ikke blir den samme i de(t) overtakende selskap(et) som i det overdragende selskapet. Det foreligger i tilfelle et brudd på eierkontinuiteten ved at skjevdeling forrykker forholdet mellom aksjonærene. Motstykket til at dette er tillatt, er at flertallskravet for å vedta fisjonen skjerpes fra ”med flertall som for vedtektsending”, etter asl./asal. § 14-6 første ledd, til at samtlige aksjonærer som er tilstede på generalforsamlingen må stemme for fisjonen, jfr. asl./asal. § 14-6 tredje ledd.⁸⁹ Skjevdeling kan forhindres av aksjonærene ved å møte på generalforsamlingen og stemme mot skjevdeling. Godtar aksjonærene skjevdeling, er det altså etter eget ønske, slik at bruddet med eierkontinuiteten ikke kan anses å være til skade for aksjonærene.

Adgangen til å yte tilleggsvederlag er den samme ved skjevdeling som ved likedeling, både i eksistens og omfang. I og med at skjevdeling i forhold til likedeling bare har til følge at det forrykker det interne forholdet mellom aksjonærene, har skjevdeling ingen konsekvenser for kreditor. Når enhver aksjonær kan stoppe et skjevdelsvedtak og det ikke er kreditorskadelig, foreligger ikke særlige betenkeligheter ved at eierkontinuiteten brytes på denne måten.

Trekant- og firkantfisjoners innvirkning på eierkontinuiteten, er tilsvarende som trekant- og firkantfusjoners innvirkning på eierkontinuiteten. Jeg viser derfor til det som er sagt i pkt. 3.2.4 Eierkontinuitet ved fusjon.

⁸⁸ Se Giertsen s. 113-116.

⁸⁹ Se Ot. prp. nr. 36 (1993-94) s. 241 for departementets begrunnelse for at ikke samtlige aksjonærer må stemme for slik endring.

4 Skattemessig kontinuitet

4.1 Innledende om skattemessig kontinuitet

Gjeldende skatteregler bygger som hovedregel på at overføring av en eiendel eller virksomhet fra ett skattesubjekt til et annet er en skattepliktig realisasjon, jfr. sktl. §§ 5-1 og 5-30, jfr. §§ 9-1 flg. For aksjer følger også dette uttrykkelig av sktl. § 10-31. En virksomhetsoverdragelse vil derfor som utgangspunkt utløse plikt til å betale skatt når det ligger merverdier i de overførte eiendeler ut over de ligningsmessige inngangsverdier, eventuelt at det foreligger et tap som er fradragsberettiget, jfr. sktl. § 6-2 jfr. §§ 9-1 flg.⁹⁰ Fusjon og fisjon er således en realisasjon som i utgangspunktet skulle utløse skatteplikt. Fra dette utgangspunktet er det imidlertid gjort unntak for fusjon og fisjon, som på nærmere vilkår, deriblant kontinuitet, kan gjennomføres uten å utløse skatteplikt, jfr. sktl. §§ 11-1 flg.

Hva som nærmere ligger i kravet til skattemessig kontinuitet ved fusjon og fisjon, er hjemlet i sktl. § 11-7 første og annet ledd for henholdsvis selskapet og aksjonærene. Generelt kan man si at skattemessig kontinuitet ved fusjon og fisjon innebærer at skatteposisjonene til det overdragende selskap og aksjonærene videreføres til henholdsvis de(t) overtakende selskap(ene) og på vederlagsaksjene. På selskapsnivå betyr dette at det overtakende selskapet må videreføre de skatteposisjoner som det overdragende selskapet selv hadde før fusjonen eller fisjonen, slik at det overdragende selskaps ligningsmessige verdier og andre skatteposisjoner overtas av det overtakende selskap. På aksjonærnivå betyr det at aksjonærene må videreføre inngangsverdien og ervervstidspunktet fra de opprinnelige aksjene til vederlagsaksjene. Fusjon og fisjon gjennomført med skattemessig kontinuitet anses derfor ikke som realisasjon av eiendeler i relasjon til sktl. § 5-1 jfr. kapittel 9. jfr. §§ 11-2 (fusjon) og 11-4 (fisjon), slik at omstruktureringen er skattefri.

⁹⁰ Av fremstillingstekniske grunner taler jeg i hovedsak om plikt til å svare skatt, ikke rett til å kreve fradrag.

Å si at en fusjon eller fisjon er ”skattefri” er ikke helt riktig.⁹¹ Uttrykket betegner bare at en fusjon eller fisjon ikke utløser umiddelbar beskatning. Latent skatteplikt på selskaps- og aksjonærnivå faller ikke bort, men prinsippet om skattemessig kontinuitet innebærer at skatteposisjonene blir overført til det overtakende selskapet og vederlagsaksjene, jfr. sktl. § 11-7 første og annet ledd. Det er altså snakk om et fritak fra umiddelbar beskatning og dermed kan vi tale om skattemessig kontinuitet. Jeg vil i avhandlingen likevel bruke begrepet skattefrihet, da det er et innarbeidet begrep i den skatterettslige litteraturen når det gjelder de skatterettslige kontinuitetsvirkninger av fusjon og fisjon.⁹²

Dette unntaket fra plikten til å betale skatt har helt klart bidratt til at omorganisering ved hjelp av fusjon og fisjon er utbredt.⁹³

4.2 Hensyn bak reglene om skattemessig kontinuitet

I lovforarbeidene til skatteloven §§ 11-1 flg. er det fremhevet at det skatterettslige utgangspunkt er at enhver overføring av eiendeler fra ett selskapet til et annet utløser beskatning etter skattelovens alminnelige regler for realisasjon, utbytte eller uttak.⁹⁴ Tilsvarende innebærer ombytting av aksjer i ett selskap til aksjer i et annet selskap at de opprinnelige aksjene anses realisert. I forarbeidene blir det likevel fremholdt at reelle samfunnsmessige hensyn tilsier et behov for skattenøytrale regler. Motivasjonen for en omorganisering er som regel begrunnet i bedriftsøkonomiske hensyn. Hvor en slik omorganisering ellers er rasjonelt begrunnet, er det derfor ikke samfunnsøkonomisk å pålegge skattyter en skattebelastning.⁹⁵ En slik skattebelastning kunne gi skattyter et

⁹¹ Se Zimmer/BAHR s. 597.

⁹² Også forarbeidene taler om skattefri fusjon/fisjon, jfr. Ot. prp. nr. 71 (1995-96) s. 8.

⁹³ I en studie gjort for Kommisjonen: Study on Extension of Scope of the Third and Sixth Company Law Directives s. 18 flg., fremgår det at skattelovgivningen om fusjon og fisjon har betydning for hyppigheten av disse transaksjonene. (Giertsen s. 31)

⁹⁴ Ot. prp. nr. 71 (1995-96) s. 9.

⁹⁵ Se Folkvord s. 49 flg. for en nærmere forklaring.

incentiv til å handle annerledes enn hva som i utgangspunktet fremstår som bedriftsøkonomisk hensiktsmessig. En konsekvent gjennomført beskatning for fusjon og fisjon vil således kunne virke hemmende for næringslivets behov for å organisere seg mest mulig rasjonelt. På denne bakgrunn har lovgiver funnet at disse reelle hensyn tilsier et unntak fra det skatterettslige utgangspunkt. Dessuten er det et grunnleggende vilkår for skattefri fusjon og fisjon at omorganiseringen foretas med skattemessig kontinuitet. Tanken bak reglene har vært at en fusjon eller fisjon ikke er en realisasjon av eierinteresser, men en omorganisering av selskaper, slik at disse fortsetter uendret i andre selskaper.⁹⁶ Plikten til å svare skatt faller altså ikke bort, men blir overført og ligger latent i det overtakende selskap og på vederlagsaksjene.

4.3 Fremveksten av det skatterettslige kontinuitetsprinsipp

Det skatterettslige kontinuitetsprinsippet ved fusjon ble lagt til grunn i to avgjørelser avsagt av Høyesterett allerede på 1920-tallet. I den første dommen, Rt. 1922 s. 436 De forenede Uldvarefabrikker, hadde selskapene overdratt eiendeler og rettigheter til et nystiftet selskap ved fusjon. Spørsmålet var om overdragelsen var å anse som en skattemessig realisasjon. Høyesterett kom til at transaksjonen ikke innebar noen oppgivelse av eiendeler og rettigheter, men en videreføring av de overdragende selskap i det nystiftede selskapet. Overdragelsen kunne derfor ikke klassifiseres som realisasjon.⁹⁷ De overdragende selskap ble dermed ansett videreført i det fusjonerte selskapet med skattemessig kontinuitet. I den andre dommen, Rt. 1925 s. 1009 Bergen Privatbank, var spørsmålet om et selskap kunne overdras til et allerede eksisterende selskap uten å utløse umiddelbar beskatning. Høyesterett kom også her til at fusjonen ikke kunne anses for å være en skattemessig realisasjon. Argumentasjonen i dommene viser at Høyesterett la avgjørende vekt på at det både formelt og reelt dreide seg om omorganisering av virksomhet, og ikke realisasjon av eierinteresser. Det var da, etter Høyesteretts oppfatning, ikke grunnlag for umiddelbar

⁹⁶ Ot. prp. nr. 71 (1995-96) s. 9.

⁹⁷ Avgjørende den gang var "avhendelse". Det ligger ingen realitetsendring ved at vi i dag taler om realisasjon, se Ot. prp. nr. 35 (1990-91) s. 303 flg.

beskatning. Etter disse dommene utviklet det seg en fast og langvarig praksis som videreførte prinsippet om skattefrihet ved skattemessig kontinuitet ved fusjon.⁹⁸

Det er sannsynlig at også fisjon så tidlig som på 1920-tallet kunne gjennomføres med skattemessig kontinuitet, med den følge at transaksjonen ikke utløste plikt til å betale skatt.⁹⁹ I for eksempel Rt. 1929 s. 943 konstaterte Høyesterett at det ikke kunne kreves at alle selskapsrettslige formalia var ordnet før et fisjonert selskap ble behandlet som flere skattesubjekter. Selv om saken ikke dreide seg om fisjoner kunne gjennomføres uten skattlegging, ser Høyesterett ut til å bygge på en forutsetning om at fisjoner kunne gjennomføres uten å utløse skatt. I Rt. 1978 s. 1184 Grecon AS, forutsatte Høyesterett at fisjoner kunne gjennomføres uten skatteplikt. Saken gjaldt neppe hvorvidt fisjoner generelt kunne gjennomføres uten å utløse skatteplikt, men hvilke vilkår som måtte være oppfylt for at skatteplikt ikke skulle utløses.

Selv om det skattemessige kontinuitetsprinsippet ved fusjon og fisjon i lang tid hadde vært regulert ved ulovfestet rett, var det knyttet usikkerhet til enkelte spørsmål. Behovet for en endelig avklaring ved lov var derfor stort.¹⁰⁰ Avklaringen kom da reglene ble vedtatt ved lov 101/1996 og tilføyd i selskapsskatteloven kapittel 8. Reglene er videreført i skatteloven §§ 11-1 flg. Det var stort sett tale om kodifisering av den ulovfestede rett, selv om loven også inneholdt enkelte utvidelser.¹⁰¹

4.4 Øvrige vilkår for skattefrihet

Skattereglene for fusjon og fisjon er hjemlet i sktl. §§ 11-1 til 11-11. Disse bestemmelsene regulerer den nærmere adgangen for at fusjoner og fisjoner kan gjennomføres uten å utløse

⁹⁸ Se Ot. prp. nr. 71 (1995-96) s. 9.

⁹⁹ Se Folkvord s. 26.

¹⁰⁰ Se Ot. prp. nr. 71 (1995-96) s. 5.

¹⁰¹ Se Zimmer/BAHR s. 596 for hvilke utvidelser som fant sted.

beskatning. At fusjoner eller fisjoner må være gjennomført med skattemessig kontinuitet, jfr. sktl. § 11-7 første og annet ledd, er bare ett av flere kumulative vilkår.

For det første er det et krav til hvor selskapene har sitt anvendelsesområde. Ifølge sktl. § 11-1 annet ledd gjelder reglene om skattefrie fusjoner og fisjoner bare når selskapene er ”hjemmehørende i Norge”. Et selskap anses for å være hjemmehørende i Norge når det er skattepliktig etter sktl. § 2-2 første ledd.¹⁰²

For det andre gjelder reglene bare når det overdragende og overtakende selskap har samme selskapsrettslige form. For (allmenn-)aksjeselskaper fremgår dette forutsetningsvis av sktl. § 11-2 første ledd for fusjon og sktl. § 11-4 første ledd for fisjon.¹⁰³

Særreglene om skattefrihet ved fusjon og fisjon gjelder videre bare hvor disse gjennomføres på lovlig måte etter de selskapsrettslige og regnskapsrettslige regler, jfr. sktl. § 11-1 annet ledd. En streng tolkning av dette vilkåret tilsier at ethvert brudd på de selskaps-, eller regnskapsrettslige reglene skal medføre at fusjoner eller fisjoner må beskattes etter de alminnelige regler. Finansdepartementet uttalte seg om denne lovforståelsen i Utv. 2003 s. 796. De fant at lovlighetskravet måtte baseres på et vesentlighetskriterium hvor det burde tas utgangspunkt i de reelle hensyn og formålet bak reglene om fusjon og fisjon. Høyesterett viste til denne uttalelsen i Rt. 2005 s. 86, hvor de gikk svært lang i å tolke et generalforsamlingsvedtak i overensstemmelse med lovlighetskravet i sktl. § 11-1 annet ledd. Enhver feil ved gjennomføringen av fusjoner og fisjoner kan således ikke medføre at disposisjonen blir skattepliktig.¹⁰⁴

Endelig må det overdragende selskapet ved fusjon oppløses og avvikles straks etter overdragelsen, jfr. sktl. § 11-9. Det samme gjelder ved fisjon, hvor det overdragende

¹⁰² For mer om anvendelsesområdet, se Zimmer/BAHR s. 598 og 603.

¹⁰³ Se Zimmer/BAHR s. 598 for fusjon og fisjon av andre selskapsformer.

¹⁰⁴ For mer om lovlighetskravet, se Zimmer/BAHR s. 598.

selskapet har overdratt samtlige eiendeler, rettigheter og forpliktelser til andre selskaper, jfr. sktl. § 11-9.

I sktl. § 14-90 er det inntatt en spesiell avskjæringsregel for skatteposisjoner uten tilknytning til en eiendel eller gjeldspost. Etter denne bestemmelsen kan en fusjon eller fisjon, som ikke har annet formål enn å realisere eierandelene uten beskatning og som er i strid med regelens formål, bli gjenstand for gjennomskjæring. Avgjørende er i følge ordlyden hvorvidt det er "sannsynlig" at utnyttelsen av slike posisjoner er "det overveiende" motivet for transaksjonen.¹⁰⁵ I tillegg til avskjæringsregelen i sktl. § 14-90, har Høyesterett gjennom en langvarig praksis utviklet en ulovfestet omgåelsesnorm. Etter denne omgåelsesnormen kan fusjoner og fisjoner skattemessig bortfalle, men vilkårene for å bli omfattet av denne, er strengere enn etter sktl. § 14-90.¹⁰⁶

4.5 Skattemessig kontinuitet på aksjonærnivå

Situasjonen for aksjonærene ved overgangen fra overdragende til overtakende selskap, blir regulert av kravet til skattemessig kontinuitet på aksjonærnivå i sktl. § 11-7 annet ledd. Kravet til kontinuitet innebærer at inngangsverdien og ervervstidspunktet for de aksjer man mottar fra det overtakende selskapet, vederlagsaksjene, skal settes lik de aksjer man avstår i det overdragende selskapet. Dermed oppstår det ikke noe skifte i skatteposisjonene til aksjonærene. Latent gevinst eller tap fra aksjene i det overdragende selskap videreføres på vederlagsaksjene. Det foreligger da verken plikt til å betale skatt av gevinst, eller rett til å kreve fradrag for tap etter de alminnelige regler.¹⁰⁷ Kontinuitetsprinsippet medfører altså at aksjene ikke anses realisert i skattemessig forstand.

¹⁰⁵ Se Zimmer/BAHR s. 626 for mer om avskjæringsregelen.

¹⁰⁶ Se Zimmer/BAHR s. 55-58.

¹⁰⁷ For tap oppstår det et spørsmål om man er pliktig til å følge skatteloven kapittel 11 når man gjennomfører en fusjon eller en fisjon. Se mer i pkt. 4.10 Valgfrihet med hensyn til særreglene i skattelovens kapittel 11?

På grunn av innføringen av fritaksmetoden for selskapsaksjonærer og aksjonærmodellen for personlige aksjonærer, har disse reglene ulik betydning for personlige aksjonærer og selskapsaksjonærer. For selskapsaksjonærer innebærer fritaksmetoden i sktl. § 2-38 første ledd a, at de er fritatt for skatteplikt av inntekt.¹⁰⁸ Det betyr at et selskap kan selge sine aksjer i et selskap uten å bli skattepliktig. Aksjenes inngangsverdi og ervervstidspunkt har derfor liten betydning for selskapsaksjonærer.¹⁰⁹ Dette står i motsetning til personlige aksjonærer, hvor skattemessig inngangsverdi og ervervstidspunkt har vesentlig betydning med hensyn til fremtidig skjerming ved utbytte- og gevinstbeskatningen. Det følgende har derfor først og fremst betydning for personlige aksjonærer.

Når man skal videreføre verdien fra aksjene i det overdragende selskap til vederlagsaksjene, har antallet aksjer betydning. Hvis det er like mange aksjer i det overdragende selskap som vederlagsaksjer i det overtakende selskap, videreføres verdien på den enkelte aksje. Dersom det er et ulikt antall aksjer, må de samlede inngangsverdier fra aksjene i det overdragende selskap fordeles forholdsmessig på vederlagsaksjene. Alle elementer av inngangsverdien på aksjene i det overdragende selskapet må omfordeles på vederlagsaksjene, for at kravet til kontinuitet skal bli oppfylt. Dette omfatter kostpris ved erverv av aksjer, senere tillegg eller fradrag i inngangsverdien som følge av kapitalendringer i selskapet og ubenyttet skjermingsfradrag som er tilordnet aksjen, jfr. sktl. § 10-34 første ledd bokstav d og e.

Dersom det overtakende selskapet har aksjer i det overdragende selskapet, skal det ikke utstedes vederlagsaksjer til det overtakende selskapet, jfr. asl. § 13-16 første ledd annet punktum nr. 4 og asal. § 13-17 første ledd annet punktum nr. 4. Dette gjelder typisk ved innfusjonering av heleid datterselskap i morselskap. I stedet for aksjer mottar morselskapet i slike tilfeller en tilsvarende andel av substansen i det overdragende selskapet. Inngangsverdiene på aksjene i datterselskapet skal ved slike fusjoner ikke omfordeles på

¹⁰⁸ Selskapsaksjonærer kan heller ikke kreve fradrag ved tap.

¹⁰⁹ Fusjonsreglene er derfor sannsynligvis mindre viktige for selskapsaksjonærer.

aksjene i morselskapet.¹¹⁰ En slik regel kunne gi utilsiktede fordeler. Ved en innfusjonering av datterselskaper kunne samme beløp i inngangsverdi bli utnyttet flere ganger hvis inngangsverdien på aksjene i datterselskapet skulle tilordnes aksjene i morselskapet.¹¹¹

Kontinuitetsprinsippet krever videre at aksjonærenes ervervstidspunkt for de innløste aksjene i det overdragende selskapet videreføres på vederlagsaksjene. Dersom en aksjonærs aksjer i det overtakende selskapet er ervervet samtidig, settes ervervstidspunktet likt for alle vederlagsaksjene, tilsvarende ervervstidspunktet for de innløste aksjer. Har en aksjonær forskjellige ervervstidspunkt for sine aksjer i det overdragende selskapet, innebærer FIFO-prinsippet, først inn - først ut, at den aksje som først ble ervervet, først skal anses for å være realisert, jfr. sktl. § 10-36 første ledd. Et problem er hvordan man skal behandle situasjonen hvor det er et ulikt antall aksjer før og etter fusjonen eller fisjonen. Praktiske hensyn taler for at ervervstidspunktet for en forholdsmessig del av vederlagsaksjene settes lik ervervstidspunktet for den tilsvarende forholdsmessige del av aksjene i det overdragende selskapet.¹¹² Dette virker også å samsvare best med kontinuitetsprinsippet. Forskjellene i skatteposisjonene før og etter transaksjonen blir minimalisert og dermed oppnås størst mulig grad av kontinuitet for ervervstidspunkt.

I forarbeidene til sktl. § 11-7 annet ledd, er det forutsatt at en fisjon kan gjennomføres uten aksjekapitalnedsettelse i det overdragende selskapet, dersom selskapet har fri egenkapital som er tilstrekkelig til å belaste utfisjoneringsen.¹¹³ Fisjonen gjennomføres da ved en nedskrivning av beskattet fri egenkapital. Forarbeidene gir anvisning på at inngangsverdiene på aksjene da må fordeles i samme forhold som de virkelige verdier er fordelt ved fisjonen. Bakgrunnen er at aksjonærene ellers kunne fordele en forholdsmessig større andel av de skattemessige inngangsverdier, enn de reelle verdiene som er overført skulle tilsi. En slik løsning kunne lede til at man solgte aksjer i det selskapet hvor aksjene

¹¹⁰ Se Zimmer/BAHR s. 620.

¹¹¹ Se Gjems-Onstad s. 1204-1205.

¹¹² Slik Zimmer/BAHR s. 620-621.

¹¹³ Ot. prp. nr. 71 (1995-96) s. 71. flg.

har høyest inngangsverdi, med den følge at gevinsten ved et senere salg i større grad ble skjermet for skatteplikt. Hvor fisjoner gjennomføres ved kapitalnedsettelse, skal den samme metoden for fordeling av inngangsverdiene anvendes.¹¹⁴ Ved bruk av en annen metode ville intensjonen med kontinuitetsprinsippet bli brutt. På selskapsnivå er dette kommet til uttrykk i sktl. § 11-8 første ledd, hvor det heter at aksjekapitalen må fordeles i samme forhold som nettoverdiene fordeles mellom selskapene. Forarbeidenes anvisning må derfor være i overensstemmelse med kontinuitetsprinsippet, som ligger til grunn for sktl. § 11-7 annet ledd.

4.6 Skattemessig kontinuitet på selskapsnivå

Skattemessig kontinuitet på selskapsnivå har betydning for overføringen av det overdragende selskaps eiendeler, rettigheter og forpliktelser. Hva som ligger i kravet til skattemessig kontinuitet på selskapsnivå, er angitt i sktl. § 11-7 første ledd for fusjon og fisjon og sktl. § 11-8 fjerde ledd første punktum for fisjon. Tilleggsbestemmelsen for fisjon skyldes at eiendeler og gjeld ved fisjon fordeles på flere selskaper.

Kravet til skattemessig kontinuitet i sktl. § 11-7 første ledd, er beskrevet ved at overtakende selskap skal ”videreføre de skattemessige verdiene og ervervstidspunktene for eiendeler, rettigheter og forpliktelser som overføres”. Dette innebærer at det overdragende selskaps samlede kompleks ikke anses for å bli realisert i skattemessig forstand. Skattemessige verdier og ervervstidspunkt tilknyttet eiendeler og gjeld skal i stedet overtas uendret av det overtakende selskapet. Kravet til kontinuitet medfører dermed at det verken foreligger oppskrivningsrett eller nedskrivningsplikt av de skattemessige verdier, slik at avskrivningsgrunnlaget verken kan økes eller reduseres som følge av transaksjonen. Ved realisasjon er utgangspunktet motsatt. Da har man rett til oppskrivning og plikt til nedskrivning, jfr. skatteloven kapittel 14. Det særegne ved fusjon og fisjon er jo nettopp at det ikke anses som skattemessig realisasjon, men som omstrukturering.¹¹⁵ Det er altså først

¹¹⁴ Se Zimmer/BAHR s. 621.

¹¹⁵ Se Ot. prp. nr. 71 (1995-96) s. 9.

ved ”virkelig” realisasjon at skatteposisjonene gir skattevirkninger. Det samme fremgår av sktl. § 11-8 fjerde ledd første punktum, som regulerer hvilket selskap som skal overta skatteposisjoner knyttet til eiendeler og gjeld ved fisjon. Det fremgår av bestemmelsen at det selskapet som overtar eiendeler og gjeld skal videreføre eiendelenes og gjeldens tilknyttede skatteposisjoner. På denne måten oppnås kontinuitet mellom eiendeler og gjeld og de tilknyttede skatteposisjonene.

Overdragende selskaps øvrige skatteposisjoner, som ikke er knyttet til spesielle eiendeler, skal også videreføres uendret av det overtakende selskapet, jfr. sktl. § 11-7 første ledd annet punktum.¹¹⁶ Dermed er det kontinuitet også for slike skatteposisjoner. Ved fusjon oppstår det ikke særlige problemer til dette kontinuitetskravet, fordi det overdragende selskaps samtlige skatteposisjoner skal overføres til ett overtakende selskapet. Ved fisjon er dette mer komplisert, fordi det overdragende selskaps samlede kompleks fordeles på to eller flere selskaper. I sktl. § 11-8 er det derfor gitt utfyllende bestemmelser om fordelingen av skatteposisjonene ved fisjon.

Til forskjell fra inngangsverdiene på aksjene på aksjonærnivå, er det ved fisjon ikke noe vilkår at de skattemessige verdier på selskapsnivå er delt i samme forhold som de virkelige verdier.¹¹⁷ Skattemessig nedskrevet verdi på de eiendeler som overføres, skal videreføres i det overtakende selskap. Et selskap kan således overta store virkelige verdier, mens et annet selskap overtar små virkelige verdier, uten at de skattemessige verdier er fordelt forholdsmessig. Dersom det forelå et krav om en spesiell fordeling av skattemessige inngangsverdier, ville det kunne medføre at de skattemessige verdier på eiendeler i begge selskaper måtte endres.¹¹⁸ En slik endring ville harmonere dårlig med det skattemessige kontinuitetsprinsippet, som tilsier at skatteposisjonene skal videreføres i det overtakende selskap. I sktl. § 11-8 tredje ledd er det imidlertid inntatt en særregel om fordeling av skatteposisjoner som ikke er tilknyttet eiendeler og gjeld i det overdragende selskap. Det

¹¹⁶ Se Zimmer/BAHR s. 623 for hvilke skatteposisjoner det gjelder.

¹¹⁷ Sammenlign pkt. 4.5 Skattemessig kontinuitet på aksjonærnivå.

¹¹⁸ Se Zimmer/BAHR s. 623.

følger av denne bestemmelsen at slike skatteposisjoner skal overføres til den virksomheten som skatteposisjonene stammer fra.¹¹⁹ Denne særregelen skyldes at det overdragende selskapets samlede kompleks ikke skal overføres i sin helhet til et annet selskap. Det harmonerer derfor best med kontinuitetsprinsippet at skatteposisjonene overføres til det selskapet som overtar den virksomheten som skatteposisjonene stammer fra. Videre følger det av sktl. § 11-8 tredje ledd annet punktum, at dersom det ikke er mulig å sannsynliggjøre hvilken virksomhet skatteposisjonene skriver seg fra, skal de fordeles i samme forhold som nettoverdiene i selskapet fordeles. Dette tilsvarer bestemmelsen i sktl. § 11-8 første ledd om at aksjekapitalen skal fordeles i samme forhold som nettoverdiene fordeles mellom selskapene. Når man ikke vet hvilken virksomhet skatteposisjonene stammer fra, faller kontinuitetsprinsippet bort etter sitt eget innhold. En fordeling av skatteposisjonene i samme forhold som nettoverdiene er fordelt, følger likevel intensjonen bak kontinuitetsprinsippet, fordi det i stedet for å være kontinuitet mellom skatteposisjoner og virksomhet, er kontinuitet mellom skatteposisjoner og nettoverdi.

Når det gjelder saldo for driftsmidler følger det av sktl. § 11-8 fjerde ledd, at slike saldi skal følge driftsmiddelet ved fisjon. Dette innebærer at det er kontinuitet ved videreføringen av skatteposisjonene, fordi de følger driftsmiddelet. For driftsmidler som inngår på samlesaldo er det i sktl. § 11-8 fjerde ledd annet punktum uttrykkelig bestemt at hvis de eiendeler som er ført på saldoen fordeles på flere selskaper, må saldoen fordeles på den samme måten. Omsetningsverdien av driftsmidlene på fisjonstidspunktet er da avgjørende for fordelingen av saldoen, jfr. sktl. § 11-8 fjerde ledd annet punktum. Kravet til kontinuitet er således oppfylt.

4.7 Skatt av tilleggsvederlaget

Skattereglene åpner, ved henvisning til aksjelovens regler, for at inntil 20 prosent av vederlaget, både ved fusjon og fisjon, kan bestå av annet enn aksjer i de(t) overtakende selskap(er), jfr. sktl. §§ 11-2 og 11-4 begges første ledd. Skattefritaket omfatter likevel bare

¹¹⁹ Se Zimmer/BAHR s. 624-625 for hvilke skatteposisjoner det er aktuelt for.

vederlag som består av aksjer i de selskaper som direkte deltar i fusjonen eller fisjonen, jfr. sktl. § 11-6 første ledd. Tilleggsvederlag som ytes etter asl./asal. §§ 13-2 og 14-2 begges første ledd nr. 2, er dermed ikke omfattet av skattefritaket. Bakgrunnen for at tilleggsvederlaget skal beskattes er i følge forarbeidene at tilleggsvederlaget enten kan likestilles med utbytte eller realisasjon.¹²⁰ Som utbytte regnes de tilfeller hvor aksjonærene ikke får redusert sin forholdsmessige eierandel og aksjekapitalen ikke endres, likedeling. Dersom tilleggsvederlaget medfører at en aksjonærs eierposisjon blir redusert eller innløst ved skjevdeling, anses utdelingen som en realisasjon av aksjene. I motsetning til vederlagsaksjene fortsetter ikke verdien av tilleggsvederlaget i de(t) overtakende selskap. Det er derfor helt naturlig og i samsvar med skattelovens intensjon generelt og kontinuitetsprinsippet spesielt, at disse verdier skal skattlegges. Tilleggsvederlaget skal etter dette beskattes etter de alminnelige regler om utbytte eller gevinst, jfr. henholdsvis sktl. §§10-11 flg. eller 10-30 flg., avhengig av hvordan utdelingen er gjennomført.¹²¹

4.8 Kontinuitet ved trekant- og firkantfusjon, samt trekant- og firkantfisjon

Aksjelovgivningen åpner som nevnt i punkt 3.2.4 og 3.3.4, for at aksjer fra et annet selskap i samme konsern kan anvendes som vederlagsaksjer i en fusjon eller fisjon, jfr. asl./asal. §§ 13-2 annet ledd og 14-2 tredje ledd. Sktl. § 11-2 første ledd annet punktum regulerer de skatterettslige virkninger av trekantfusjoner og firkantfusjoner. Tilsvarende bestemmelse for fisjoner finnes i sktl. § 11-4 første ledd annet punktum. Her heter det at skattefritaket, som ellers gjelder etter skatteloven kapittel 11, ikke omfatter fusjoner og fisjoner i konsern der ”vederlaget er aksjer i et annet datterselskap”.

Ved trekantfusjoner og trekantfisjoner mottar det overdragende selskapets aksjonærer vederlagsaksjer fra morselskapet i det overtakende konsern. Det følger derfor av sktl. § 11-2 første ledd (fusjon) og sktl. § 11-4 første ledd (fisjon), at trekantfusjoner og trekantfisjoner kan gjennomføres med skattemessig kontinuitet. Slike fusjoner og fisjoner

¹²⁰ Ot. prp. nr. 71 (1995-96) s. 37.

¹²¹ For mer om den skatterettslig klassifiseringen av tilleggsvederlaget, se Zimmer/BAHR s. 622.

gjennomføres på lovlig måte etter (allmenn-)aksjeloven kapittel 13 og 14, uten at det er gjort unntak for dem i sktl. §§ 11-2 og 11-4 begges første ledd.

Firkantfusjoner og firkantfisjoner omfattes imidlertid ikke av særreglene i skatteloven §§ 11-1 flg. Dette følger av at aksjonærene i det overdragende selskapet får aksjer av et datterselskap i det overtakende konsern, som altså er ”et annet datterselskap”, jfr. sktl. §§ 11-2 første ledd (fusjon) og 11-4 første ledd (fisjon). Slike disposisjoner kan ikke gjennomføres med skattemessig kontinuitet. Unntaket skyldes at firkantfusjoner og firkantfisjoner bryter med kravet til eierkontinuitet som ligger til grunn for skattefrihet ved slike transaksjoner.¹²² I forarbeidene heter det at en slik fusjon eller fisjon innebærer et kontinuitetsbrudd på eiersiden som ikke bør kunne gjennomføres uten beskatning.¹²³ Begrunnelsen i forarbeidene er at det kan bidra til å svekke prinsippet om at det i alminnelighet skal gjennomføres et skattemessig oppgjør ved realisasjon av eiendeler. Firkantfusjoner og firkantfisjoner anses altså som skattemessig realisasjon, fordi eierposisjonen i det fusjonerte eller fisjonerte selskapet blir oppgitt mot betaling i form av aksjer i et annet selskap.¹²⁴

Distinksjonen mellom firkantfusjoner/-fisjoner og trekantfusjoner/-fisjoner, skyldes at man ved trekantfusjon/-fisjon får vederlagsaksjer i et morselskap som har indirekte innflytelse på det overtakende selskap, ved at de helt ut eller i det vesentlige eier det overtakende datterselskapet. Eierkontinuiteten ved trekantfusjon/-fisjon er således ikke brutt.¹²⁵ Dette kan etter mitt syn virke som en noe formell tilnærming. Det er klart at også en trekantfusjon eller -fisjon kan medføre at eierkontinuiteten i beste fall er indirekte, slik at innflytelsen på

¹²² Se pkt. 3.2.4 om at eierkontinuiteten brytes.

¹²³ Se Ot. prp. nr. 71 (1995-96) s. 15.

¹²⁴ Det oppstår her en forskjell mellom hvilke fusjons- og fisjonstyper som kan gjennomføres etter henholdsvis (allmenn-)aksjeloven og skatteloven. Se pkt. 6 for mer om dette.

¹²⁵ Se Ot. prp. nr. 71 (1995-96) s. 14 og 15 hvor det fremgår at slik indirekte eierkontinuitet var tilstrekkelig for at Finansdepartementet kunne anbefale en slik transaksjon med skattefrihet.

det fusjonerte selskapet kan være tilnærmet lik null.¹²⁶ Dette har lovgiver ikke funnet tilstrekkelig til å unnta trekantfusjon og trekantfisjon fra gjennomføring med skattemessig kontinuitet.

Som tidligere nevnt i pkt. 3.2.4 er utgangspunktet for oppgjør ved gjennomføring av trekantfusjon og trekantfisjon den såkalte fordringsmodellen. I den forbindelse oppstår det et særlig problem i tilknytning til hvilken skattemessig verdi den fordring morselskapet får mot datterselskapet skal ha.¹²⁷ Dette er ikke direkte regulert i sktl. § 11-7.

Kontinuitetsprinsippet tilsier at fordringen skal ha en skattemessig verdi som er lik den skattemessige egenkapital som er overført ved fusjonen eller fisjonen. En slik løsning sikrer kontinuitet mellom den skattemessige egenkapital som overføres fra det overdragende selskap og økningen av skattemessig egenkapital i det overtakende selskapets morselskap. Dersom fordringens skattemessige verdi i stedet ble satt lik tingsinnskuddets reelle verdi, ville løsningen innebære diskontinuitet. Løsningen som samsvarer med kontinuitetsprinsippet, har støtte i et høringsnotat fra Finansdepartementet.¹²⁸

4.9 Kontinuitet ved skjevdelingsfusjon

Som jeg tidligere har redegjort for, er det anledning til å skjevdele fusjoner selv om det ikke eksplisitt er hjemlet i (allmenn-)aksjeloven kapittel 13.¹²⁹ Problemstillingen er her hvorvidt en skjevdelingsfusjon kan gjennomføres uten å utløse skatteplikt. Etter sktl. § 11-2 første ledd, må fusjoner være gjennomført med hjemmel i (allmenn-)aksjeloven kapittel 13 for at de skal være skattefrie. Spørsmålet blir om skjevdelingsfusjon anses for å skje etter reglene i (allmenn-)aksjeloven kapittel 13, selv om det ikke er uttrykkelig hjemlet i lovteksten. Finansdepartementet uttrykte sterkt i forarbeidene til selskapsskatteloven, at

¹²⁶ Se pkt. 3.2.4 for en nærmere redegjørelse for dette.

¹²⁷ Se Gjems-Onstad s. 1211 og Zimmer/BAHR s. 627.

¹²⁸ Finansdepartementets høringsnotat 21. oktober 1998 i forbindelse med endringer i selskapsskattelovens regler om skattefri fusjon og fisjon; regelen som i dag tilsvarer sktl. § 11-7.

¹²⁹ Se pkt. 3.2.4 Eierkontinuitet.

eierkontinuitet skal være et kjennetegn på fusjoner som er skattefrie.¹³⁰ Dette la også Justisdepartementet avgjørende vekt på ved utformingen av selskapsskattelovens regler om fusjon og fisjon, hvor det i følge forarbeidene ble ”lagt vesentlig vekt på at skattefrihet [bare] bør gjelde i den utstrekning det foreligger kontinuitet på eiersiden”, og ”hensynet til sammenheng mellom de selskapsrettslige og de skatterettslige reglene [tilsier] at det ikke gjøres endringer i den hittil gjeldende selskapsrettslige avgrensningen”.¹³¹ En skjevdelingsfusjon innebærer som kjent at eierkontinuiteten brister.¹³² Til tross for dette må det nok antas som naturlig at skjevdelingsfusjon skjer med hjemmel i (allmenn-)aksjeloven kapittel 13, selv om det ikke er uttrykkelig hjemlet i lovteksten, når man gjennom tolkning finner at det er selskapsrettslig adgang til det. Ved fisjon er det forutsatt i asl./asal. § 14-6 tredje ledd at skjevdeling kan gjennomføres. Kravet i sktl. § 11-4 om at fisjonen må skje med hjemmel i (allmenn-)aksjeloven, for at den kan gjennomføres skattefritt, er dermed oppfylt. Kravet til eierkontinuitet gjør seg like sterkt gjeldende ved fisjon som ved fusjon. Det vil derfor være uheldig om gjeldende rett for fusjon og fisjon på dette punkt skulle være forskjellig. Dette taler for at en skjevdelingsfusjon skatterettslig skjer med hjemmel i (allmenn-)aksjeloven kapittel 13.

4.10 Valgfrihet med hensyn til særreglene i skatteloven kapittel 11?

Fusjon og fisjon må gjennomføres med skattemessig kontinuitet både på selskapsnivå og aksjonærnivå for å kunne gjennomføres skattefritt, jfr. sktl. § 11-7 første og annet ledd. En problemstilling er hvorvidt det foreligger valgfrihet til å gjennomføre fusjon eller fisjon, som er lovlig både selskapsrettslig og regnskapsrettslig, uten å anvende reglene om skattemessig kontinuitet i skatteloven kapittel 11. Problemstillingen er først og fremst aktuell dersom det foreligger et tap, fordi realisasjon gir rett til å kreve fradrag, jfr. sktl. § 6-2 første ledd, jfr. kapittel 9. Skattyter er i slike tilfeller som regel interessert i å få fradraget umiddelbart. Gjennomføres fusjonen eller fisjonen med kontinuitet etter

¹³⁰ Se Ot. prp. nr. 71 (1995-96) s. 15.

¹³¹ Se Ot. prp. nr. 23 (1996-97) s. 114.

¹³² Se pkt. 3.2.4 Eierkontinuitet.

skatteloven kapittel 11, vil tapet som kjent bare ligge latent til en eventuelt senere realisasjon.

Ordlyden i sktl. § 11-7 første ledd sier at når fusjonen eller fisjonen gjennomføres etter skatteloven kapittel 11, ”skal” den gjennomføres med skattemessig kontinuitet. En vanlig språklig forståelse av ordlyden tilsier at man ikke trenger å gjennomføre en fusjon eller fisjon med skattemessig kontinuitet etter skatteloven kapittel 11, men at man må gjennomføre transaksjonen med skattemessig kontinuitet dersom man skal oppnå skattefrihet etter skatteloven kapittel 11. Dette taler for at man kan velge å gjennomføre fusjonen eller fisjonen etter de alminnelige regler, uten skattemessig kontinuitet. Dette synet har også støtte i forarbeidene.¹³³ Spørsmålet har vært oppe i Utv. 2002 s. 807. Tingretten la til grunn, blant annet under henvisning til forarbeidene, at selskapet måtte kunne velge å kreve fradrag for tap ved likvidasjon av datterselskapet, selv om det formelt var gjennomført en mor/datter-fusjon. Det er også i litteraturen antatt at skattyter har en valgfrihet i henhold til om man vil benytte seg av særreglene i skatteloven kapittel 11.¹³⁴ Dette kan synes litt merkelig i og med at fusjon og fisjon normalt blir ansett for å være en omstrukturering, og ikke skatterettslig realisasjon. I Rt. 2002 s. 798, i et obiter dictum, ble nettopp det faktum at fusjon anses som en omstrukturering og ikke realisasjon, fremhevet som grunn til at man ikke kunne kreve fradrag.¹³⁵ Hensynet til symmetri som ellers står sterkt i skatteretten, taler også for at det ikke skal være adgang til å kreve fradrag for tap når man kan unngå å betale skatt av gevinst.¹³⁶ Formålet bak særreglene i skatteloven kapittel 11 er at selskaper skal organisere seg etter hva som er bedriftsøkonomisk hensiktsmessig, slik at man oppnår størst mulig samfunnsøkonomisk nytte. Dersom man

¹³³ Ot. prp. nr. 71 (1995-96) s. 42-43.

¹³⁴ Se Gjems-Onstad s. 1195 og Brudvik m.fl. s. 884.

¹³⁵ Saken gjaldt egentlig hvorvidt det forelå realisasjon som ga rett til tapsfradrag i et tilfelle hvor et morselskap hadde solgt aksjer i et datterselskap til andre datterselskap og umiddelbart fusjonerte med disse. Høyesterett kom til at det ikke forelå noen realisasjon under henvisning til at det ikke hadde skjedd noen endring i eierinteressene.

¹³⁶ Se Zimmer s. 33 om symmetrihensynet.

kan kreve fradrag ved tap, vil ikke lenger reglene i skatteloven kapittel 11 virke nøytrale. Retten til å kreve fradrag vil da kunne være et incitament til å velge å gjennomføre en fusjon eller fisjon, selv om dette ikke er mest hensiktsmessig. Med bakgrunn i lovteksten, forarbeidene og avgjørelsen i Utv. 2002 s. 807, må det likevel antas at man har en valgadgang, slik at man kan gjennomføre en fusjon eller fisjon selskapsrettslig, uten at den gjennomføres med skattemessig kontinuitet.

5 Regnskapsmessig diskontinuitet

5.1 Innledning

Regnskapsføring av eiendeler og gjeld ved fusjon og fisjon kan prinsipielt skje på to måter. For det første kan bokføringen foretas etter transaksjonsprinsippet, dvs. at transaksjonen reelt sett blir behandlet som et alminnelig kjøp. Dette innebærer at eiendeler og gjeld i det overdragende selskapet bokføres i de(t) overtakende selskap(et) i tråd med de økonomiske realiteter, altså til virkelig verdi. For det andre kan fusjonen og fisjonen bli vurdert ut i fra kontinuitetsprinsippet. Ved anvendelsen av kontinuitetsprinsippet skal den balanseførte verdien i det overdragende selskapet legges til grunn også i det overtakende selskapet.¹³⁷

Ettersom markedsverdien på eiendeler mv ofte er avvikende i forhold til de regnskapsmessige verdier, må det klarlegges når transaksjonsprinsippet kommer til anvendelse. Det er dessuten et skattemessig krav at fusjoner og fisjoner regnskapsføres i henhold til de regnskapsrettslige regler, jfr. sktl. § 11-1 annet ledd. Anvender man feil regnskapsprinsipp, kan fusjonen eller fisjonen bli skattepliktig. Regnskapsrapportering av fusjon og fisjon har dermed også skattemessig betydning.

5.2 Regnskapsføring av fusjon

5.2.1 Hovedregel

Regnskapsloven inneholdt ikke tidligere noen regulering av regnskapsføring av fusjoner, men det fulgte av praksis at de i stor grad skulle regnskapsføres til kontinuitet.¹³⁸ Nå er hovedregelen at fusjoner skal regnskapsføres etter transaksjonsprinsippet, det vil si til

¹³⁷ Se NOU 1995: 30 s. 155.

¹³⁸ Ot. prp. nr. 42 (1997-98) s. 141-142.

virkelig verdi. Transaksjonsprinsippet er på generelt grunnlag hjemlet i rskl. § 4-1 første ledd nr. 1. Lovgiver har dessuten valgt å presisere transaksjonsprinsippet i kapittelet om fusjoner, jfr. rskl. § 5-14 første punktum: ”Fusjon skal regnskapsføres som egenkapitaltransaksjon med overdratte eiendeler og gjeld som tingsinnskudd i det overtakende foretaket.” Bakgrunnen for at regnskapsretten anvender et annet hovedprinsipp enn selskaps- og skatteretten, er i forarbeidene først og fremst begrunnet i hensynet til at regnskap bør være informativt.¹³⁹ Videre ble det lagt vekt på at sammenslutninger mellom selskaper reelt sett innebærer transaksjon i regnskapslovens forstand. Tanken er at en fusjon i utgangspunktet er å anse som en overdragelse mot vederlag. Endelig ble det i forarbeidene påpekt at utbyttegrunnlaget ikke ble utvidet som følge av innføringen av transaksjonsprinsippet for fusjon, ettersom hele vederlaget blir bundet egenkapital.¹⁴⁰ Dette har betydning for kreditor, som dermed ikke risikerer at selskapet blir tappet for kapital.

Regnskapsføring etter transaksjonsprinsippet vil normalt ha til følge at det skjer en oppskrivning av eiendelene i forhold til de opprinnelige balanseførte verdiene i det overdragende selskapet. Unntaksvis kan det tenkes at det som er regnskapsført i det overdragende selskapet er høyere enn virkelig verdi. I så fall må den lavere virkelige verdien balanseføres i det overtakende selskapet.

5.2.2 Unntak

Fra dette utgangspunkt er det unntak i to tilfeller, nemlig hvor det i regnskapsloven er oppstilt kontinuitetsunntak og hvor det foreligger grunnlag for såkalt kontinuitetsgjennomskjæring.

Unntak fra transaksjonsprinsippet er lovpålagt i to tilfeller, slik at kontinuitetsprinsippet kommer til anvendelse selv om fusjonen reelt sett er å anse som salg. Det gjelder for det første fusjon ved nystiftelse, hvor et av de overdragende selskapene i realiteten må anses

¹³⁹ Se Ot. prp. nr. 42 (1997-98) s. 145.

¹⁴⁰ Se Ot. prp. nr. 42 (1997-98) s. 146.

som overtakende selskap, jfr. rskl. § 5-14 første ledd annet punktum. Fusjonen skal da regnskapsføres til balanseførte verdier. Dette kontinuitetsunntaket har til formål å sikre likebehandling med fusjon ved opptak. Dersom fusjonen skjer ved opptak, medfører transaksjonsprinsippet at eiendeler og gjeld som overføres fra det overdragende selskapet, føres til virkelig verdi i regnskapet til det overtakende selskapet, mens det ikke skjer noen endring av det overtakende selskapets verdier. Fusjon ved nystiftelse ville uten unntaket i rskl. § 5-14 annet punktum, medført at begge de overdragende selskapenes eiendeler hadde vært gjenstand for oppskrivning. Lovgiver har på denne bakgrunn valgt å gjøre unntak for fusjon ved nystiftelse, slik at valg av fusjonsform ikke skal føre til forskjell i regnskapsføringen mellom fusjon ved opptak og fusjon ved nystiftelse.¹⁴¹

For det andre kan små foretak som fusjonerer, regnskapsføres til balanseførte verdier, jfr. rskl. § 5-16.¹⁴² Begrunnelsen for dette er praktiske hensyn.¹⁴³ Små foretak kan likevel velge å gjennomføre fusjonen etter transaksjonsprinsippet, jfr. ”kan” i rskl. § 5-16.

At det for enkelte fusjonstilfeller skal gjennomføres kontinuitetsgjennomskjæring, er ikke kommet eksplisitt til uttrykk i lovteksten, men følger av en antitetisk tolkning av transaksjonsprinsippet i rskl. § 4-1.¹⁴⁴ Det antas at transaksjonsprinsippet er uttømmende regulert, slik at det som ikke omfattes av ordlyden skal regnskapsføres til kontinuitet. Dette er også klart forutsatt i forarbeidene, ved at det skal foretas kontinuitetsgjennomskjæring dersom fusjonen ikke er noen reell transaksjon.¹⁴⁵

Etter dette kan det sies at det avgjørende for hvilke regnskapsmessig metode som skal anvendes ved fusjoner, er hvorvidt fusjonen reelt skal anses som en regnskapsmessig

¹⁴¹ Ot. prp. nr. 42 (1997-98) s. 146.

¹⁴² Hva som er ”små foretak” fremgår av rskl. § 1-6. Det faller imidlertid utenfor avhandlingens tema å gå nærmere inn på det.

¹⁴³ Se Zimmer/BAHR s. 614.

¹⁴⁴ Det er forutsatt i NRS 9 Fusjon pkt. 2 avsnitt 3 at transaksjonsprinsippet skal tolkes slik.

¹⁴⁵ NOU 1995: 30 s. 161.

transaksjon. Skillet går dermed mellom de tilfeller av fusjon som reelt er et salg og de tilfeller som kun innebærer en omorganisering med uendret eierskap.

NRS 9 Fusjon pkt. 3.2 skiller mellom to typer fusjon som innebærer omorganisering med uendret eierskap. Det er for det første fusjon mellom selskaper som er under samme kontroll. Samme kontroll anses i følge NRS 9 Fusjon pkt. 3.2 alltid å foreligge dersom de(n) samme aksjonær(er) eier minst 90 prosent i hvert av de fusjonerende selskapene. Det typiske eksempelet er fusjon mellom to heleide datterselskaper. Slike fusjoner leder ikke til noen reelle endringer i eierinteressene, og skal derfor regnskapsføres etter kontinuitetsmetoden. For det andre skal fusjoner mellom selskaper som har identisk eiersammensetning, regnskapsføres til kontinuitet. Bakgrunnen for dette er at fusjonen ikke medfører noen endringer i sammensetningen av aksjonærenes formuer.

5.2.3 Konsernkontinuitet

I NRS 9 Fusjon pkt. 4.1 er det lagt til grunn at konsernfusjon skal regnskapsføres til kontinuitet. Konsernfusjon foreligger dersom det overtakende selskap har bestemmende innflytelse på det overdragende selskap. Bestemmende innflytelse foreligger dersom selskapet har mer enn 50 prosent av aksjene i et annet selskap, eller har rett til å velge eller avsette flertallet av styremedlemmene i det andre selskapet, jfr. rskl. § 1-3 annet ledd. Slike fusjoner regnskapsføres med konsernkontinuitet.¹⁴⁶ Eiendeler og gjeld i det overdragende selskapet skal da videreføres i det fusjonerte selskapets selskapsregnskap, basert på verdiene fra konsernregnskapet før fusjonen.

Etter dette er det klart at konsernkontinuitet skal anvendes ved fusjon mellom morselskap og heleid datterselskap. For det annet skal konsernkontinuitet benyttes ved fusjon mellom morselskap og deleid datterselskap hvor morselskapet har bestemmende innflytelse. I et slikt tilfelle skal eiendeler og gjeld i det overdragende selskapet tilsvarende morselskapets eierinteresse, bli videreført med de verdier de hadde i konsernregnskapet før fusjonen.

¹⁴⁶ NRS 9 Fusjon bruker denne betegnelsen.

Minoritetsaksjonærenes andel av eiendeler og gjeld i det overdragende selskapet skal derimot videreføres i det fusjonerte selskapet, basert på virkelige verdier.

Regnskapsføring av fusjon som konsernkontinuitet er, på samme måte som kontinuitetsgjennomskjæring, basert på at det ikke anses å finne sted noen reell regnskapsmessig transaksjon.

5.3 Regnskapsføring av fisjon

5.3.1 Hovedregel

Fisjon er ikke eksplisitt regulert i regnskapsloven, med unntak av fisjon mellom små foretak, jfr. rskl. § 5-16. Regnskapsføring av fisjon er likevel inngående behandlet i lovens forarbeider.¹⁴⁷ Der forutsettes det at fisjon som hovedregel anses for å være egenkapitaltransaksjon som skal regnskapsføres etter transaksjonsprinsippet, jfr. rskl. § 4-1 første ledd nr. 1, slik at eiendeler og gjeld blir ført til virkelig verdi i det overtakende selskapet.¹⁴⁸ Egenkapital utover aksjekapital føres på overkursfond i det overtakende selskapet. Det vil si at fri egenkapital i det overdragende selskapet går over til å bli bundet egenkapital i det overtakende selskapet. Kreditorinteressen er dermed ivaretatt, ved at det ikke kan gjennomføres utdelinger som ikke ellers kunne vært foretatt.

NRS (F) Fisjon inndeler fisjonstilfellene i ren fisjon og fisjonsfusjon.¹⁴⁹ Ren fisjon innebærer at det opprettes ett eller flere nye selskaper som er overtakende i fisjonen. Fisjonsfusjon innebærer at deler av eiendelene, rettighetene og forpliktelsene fra det overdragende selskapet går over til et allerede eksisterende selskap. I tillegg skilles det mellom fisjoner som gjennomføres med likedeling, og fisjoner som gjennomføres med

¹⁴⁷ Se blant annet Ot. prp. nr. 42 (1997-98) s. 141 flg. og NOU 1995: 30 s. 75 flg. og s. 161-162.

¹⁴⁸ Se Ot. prp. nr. 42 (1997-98) s. 146 og NOU 1995: 30 s. 77.

¹⁴⁹ Dette følger av sammendraget som er satt inn først i NRS (F) Fisjon.

skjevdeling, med andre ord om eierfordelingen er den samme i de fisjonerte selskaper som i det overdragende selskapet.

Når det gjennomføres en fisjon med skjevdeling, jfr. asl./asal. § 14-6 tredje ledd, vil aksjonærene ha motstridende interesser. Fisjonen skal derfor anses som en regnskapsmessig transaksjon som skal regnskapsføres etter transaksjonsprinsippet, uavhengig av om fisjonen er en ren fisjon eller en fisjonsfusjon. Dette følger av NRS (F) Fisjon pkt. 26.

Utgangspunktet ved fisjonsfusjon er at det normalt anses som en regnskapsmessig transaksjon, som regnskapsføres etter transaksjonsprinsippet. Dette følger av NRS (F) Fisjon pkt. 24. Bakgrunnen er at en fisjonsfusjon vanligvis innebærer at eierforholdet endres, fordi det overtakende selskapet som regel ikke er eiet fullt ut av aksjonærene i det overdragende selskapet. Unntak gjelder dersom det dreier seg om en omorganisering uten endret eierskap.

5.3.2 Unntak

I forarbeidene til regnskapsloven er det forutsatt at fisjoner som ikke anses som reelle transaksjoner skal kontinuitetsgjennomskjæres.¹⁵⁰ Avgjørende er hvorvidt fisjonen er å anse som en omorganisering med uendret aksjonærsammensetning, eller som et salg. En fisjon bokført til kontinuitet innebærer at de overførte eiendelene skal videreføres med bokført verdi i de(t) overtakende selskap(er).

En ren fisjon med likedeling skal alltid regnskapsføres med kontinuitet, jfr. NRS (F) Fisjon pkt. 23. En slik fisjon påvirker ikke sammensetningen av aksjonærenes verdier, og innebærer bare en omorganisering med uendret aksjonærsammensetning. Dersom det overtakende selskapet ved en fisjonsfusjon har lik aksjonærsammensetning som det overdragende selskapet, skjer det heller ingen endringer i eierforholdet. Det samme

¹⁵⁰ Se Ot. prp. nr. 42 (1997-98) s. 146.

gjelder dersom de fisjonerende selskapene er under samme kontroll. Slike fisjoner er det ikke naturlig å anse som transaksjon, og regnskapsføres derfor i til kontinuitet, jfr.

NRS (F) Fisjon pkt. 24.

I rskl. § 5-16 har vi fått et lovfestet unntak fra transaksjonsprinsippet ved fisjon. Etter denne bestemmelsen kan fisjon av små foretak regnskapsføres til kontinuitet. Dette er, på samme måte som fusjon mellom små foretak, begrunnet i praktiske hensyn. Man kan imidlertid velge å regnskapsføre fisjonen etter transaksjonsprinsippet, jfr. ordlyden i rskl. § 5-16.

6 En avsluttende sammenligning

Fusjon og fisjon inneholder mange av de samme elementer, herunder kravet til kontinuitet. Selv om disse juridiske konstruksjonene i atskillig grad er like, er det likevel en naturlig vesensforskjell mellom dem. Fusjon innebærer en sammenslåing av selskaper, mens fisjon innebærer deling av selskaper. Av denne grunn er det også forskjeller knyttet til det selskapsrettslige kontinuitetsprinsippet. Fusjon inneholder et mer konsekvent kontinuitetsprinsipp. Det skyldes at det overdragende selskapet overfører eiendeler, rettigheter og forpliktelser som helhet til ett overtakende selskap, jfr. asl./asal. § 13-2 første ledd. Ved fisjon deles det overdragende selskapet på to eller flere selskaper, jfr. asl./asal. § 14-2 første og annet ledd. Kontinuiteten er dermed mindre konsekvent, ved at det samlede kompleks blir splittet opp. Dette viser seg særlig ved forpliktelseskontinuitet hvor en kreditor ikke lenger bare kan forholde seg til ett selskap som debitor. Hvor forpliktelsen består i annet enn penger, typisk hvor forpliktelsen knytter seg til produksjon, kan dette bli ennå mer synlig. Det skyldes at for eksempel produksjonsutstyr kan bli fordelt på flere selskaper, slik at det selskapet som overtar ansvaret for forpliktelsen, ikke lenger har utstyr til å oppfylle forpliktelsen. Fisjonen kan da bli en relevant bristende forutsetning.¹⁵¹ Dette viser at konsekvensen i kontinuitetsprinsippet har forskjellig styrke for fusjon og fisjon, noe som kan innebære at fisjoner i større grad kan utgjøre en relevant bristende forutsetning for medkontrahenter. Ved eiendels- og rettighetskontinuitet, og eierkontinuitet står også kontinuiteten sterkere ved fusjon enn ved fisjon, men det har ikke de samme konsekvenser som ved forpliktelseskontinuitet.

Det selskaps-, skatte- og regnskapsrettslige kontinuitetsprinsippet hviler i større eller mindre grad på forskjellige hensyn. Dette er en naturlig følge av at bakgrunnen for, og siktemålet med kontinuitetsprinsippet på disse rettsområdene er tildels forskjellige.

¹⁵¹ Se pkt. 3.3.2 Forpliktelseskontinuitet.

Selskapsrettslig og skatterettslig er imidlertid hensynet til å kunne innrette seg bedriftsøkonomisk rasjonelt, og dermed oppnå en samfunnsøkonomisk gevinst, sammenfallende.¹⁵² Hensynet bak det regnskapsrettslige kontinuitetsprinsippet avviker i stor grad fra dette, ved at det er hensynet til regnskapet selv som står i sentrum. Av forarbeidene fremgår det at regnskapet i størst mulig grad skal gjenspeile virkeligheten.¹⁵³ Fordi fusjoner og fisjoner i utgangspunktet må anses som overdragelse mot vederlag, har lovgiver lagt til grunn at regnskapsføring til virkelig verdi er mest virkelighetsnært. Det er derfor hovedsakelig bare hvor fusjoner og fisjoner innebærer en omorganisering med uendret eierskap, at de regnskapsføres etter kontinuitetsmetoden. At fusjon og fisjon som hovedregel skal regnskapsføres etter transaksjonsprinsippet, innebærer at lovgiver ikke har et konsekvent syn på den rettslige konstruksjonen av fusjon og fisjon. Sentralt i regnskapsretten står synspunktet om overdragelse og oppløsning, mens selskapsrettslig- og skatterettslig kontinuitet bygger på at det overtakende selskapet viderefører det overdragende selskapets virksomhet.

På denne bakgrunn kan det sies at det selskapsrettslige kontinuitetsprinsippet har en avgjørende betydning for adgangen til å gjennomføre fusjoner og fisjoner, og tilsvarende har det skatterettslige kontinuitetsprinsippet en avgjørende rolle for at de gjennomføres uten å utløse beskatning. Kontinuitetsprinsippet er således på begge disse rettsområder et vilkår for at fusjoner og fisjoner kan gjennomføres. Regnskapsrettslig er dette ganske annerledes, ved at kontinuitet ikke er et vilkår for regnskapsføring av fusjon og fisjon, men en følge av visse fusjons og fisjonstyper.

Et element ved den skatterettslige gjennomføringen av fusjoner og fisjoner, er at disse må gjennomføres på lovlig måte etter selskapsloven og regnskapsloven, jfr. sktl. § 11-1 annet ledd, for å kunne gjennomføres med skattemessig kontinuitet. Fusjoner og fisjoner som foretas med hjemmel i (allmenn-)aksjeloven, gjennomføres med kontinuitet, jfr. asl./asal. § 13-2 første ledd og 14-2 første og annet ledd. Dette betyr at selskapsrettslig

¹⁵² Se NOU 1992: 29 s. 197 og Ot. prp. nr. 71 (1995-96) s. 9.

¹⁵³ Se Ot. prp. nr. 42 (1997-98) s. 145.

kontinuitet er et vilkår også for at fusjoner og fisjoner kan gjennomføres uten å utløse beskatning. Kravet om at fusjoner og fisjoner må gjennomføres på lovlig måte etter regnskapsloven, innebærer ikke noe tilsvarende krav om at regnskapet må føres til kontinuitet. I stedet er dette et krav om at den regnskapsmessige behandling må være i samsvar med gjeldende regnskapsrett, enten dette innebærer regnskapsføring til kontinuitet eller virkelig verdi. Mellom regnskapsmessige og skattemessige verdier kan det derfor oppstå en midlertidig resultatforskjell.¹⁵⁴

Når skattemessig kontinuitet ved fusjon og fisjon er betinget av at det foreligger selskapsrettslig kontinuitet, indikerer dette at det er en nærmere sammenheng mellom det selskapsrettslige og skattemessige kontinuitetsprinsipp. Dette fremgår også av forarbeidene til (allmenn-)aksjeloven, hvor det uttrykkes at selv om beskatning ligger utenfor det selskapsrettslige fusjons og fisjonsbegrep, så er det på det rene at det er sentralt i all tenkning om disse begreper.¹⁵⁵ Aksjeselskapsrettens påvirkning på skatteretten viser seg som nevnt ved at skattefriheten knytter seg til de fusjons- og fisjonstypene som godtas etter (allmenn-)aksjeloven. At skatteretten også påvirker aksjeselskapsretten, viste seg da Justisdepartementet ikke støttet Aksjelovsutvalgets forslag om at vederlaget ved fusjon fritt kunne fastsettes til aksjer, kontanter eller andre eiendeler. Behovet for eierkontinuitet for å tillate skattefrie fusjoner var vesentlig i begrunnelsen for ikke å gå inn for en slik utvidelse av avtalefriheten.¹⁵⁶ Dette viser at kontinuitetsprinsippet på disse områdene i atskillig grad bygger på hverandre.

Til tross for gjensidigheten som foreligger, er det i noen grad forskjellige hensyn som ligger til grunn for det selskapsrettslige og skatterettslige kontinuitetsprinsippet. Dette har gitt seg utslag i at (allmenn-)aksjeloven og skatteloven opererer med forskjellige grenser for hvilke fusjons- og fisjonstyper som godtas. Selskapsrettslig er det anledning til å gjennomføre både trekant- og firkantfusjoner, og trekant- og firkantfisjoner. Etter

¹⁵⁴ Se Zimmer/BAHR s. 623.

¹⁵⁵ NOU 1992: 29 s. 197.

¹⁵⁶ Se NOU 1996: 3 s. 83-84, jfr. Ot. prp. 23 (1996-97) s. 113-114.

skatteloven kan bare trekantfusjoner og trekantfisjoner gjennomføres uten at det inntreffer skatteplikt. Bakgrunnen for denne distinksjonen, skyldes at eierkontinuiteten brytes ved firkantfusjoner og -fisjoner.¹⁵⁷ Selskapsrettslig er det ikke funnet grunn til å unnta slike fusjoner og fisjoner, selv om dette bryter med eierkontinuiteten. Dette skyldes at lovgiver har lagt mer vekt på at innfusjonering i konsern skal være enkelt, enn på hensynet til mindretallsaksjonærene.¹⁵⁸ Skatterettslig er det derimot ikke funnet det verdt å beskytte slike transaksjoner mot skatteplikt, fordi det ligger for nært opp til salg.¹⁵⁹ Skatterettslig foreligger det altså ikke tilstrekkelig kontinuitet på eiernivå, til å la særreglene om skattemessig kontinuitet ved fusjon og fisjon slå igjennom. Vi ser dermed at kravet til eierkontinuitet medfører forskjellige løsninger for selskapsrettslig fusjon og fisjon, og skattemessig fusjon og fisjon.

På bakgrunn av det som nå er sagt, kan det konkluderes med at kontinuitet er helt avgjørende for at fusjoner og fisjoner kan gjennomføres, og hertil at de kan gjennomføres med skattemessig kontinuitet. At skattemessig kontinuitet ved fusjon og fisjon er avhengig av å bli gjennomført med selskapsrettslig kontinuitet, følger av sktl. § 11-1 annet ledd. Imidlertid er det grunn til å tro at hyppigheten av fusjoner og fisjoner har en klar sammenheng med skattefriheten som følger av skatteloven kapittel 11. Det kan dermed hevdes at det selskapsrettslige fusjons- og fisjonsinstituttet ikke på langt nær hadde hatt den samme betydning, dersom de ikke kunne gjennomføres med skattemessig kontinuitet. Vi ser altså at det selskapsrettslige og skatterettslige kontinuitetsprinsippet sammen utfyller hverandre, og gjør fusjon og fisjon til det praktiske omstrukturingsverktøyet det er.

¹⁵⁷ Se pkt. 3.2.4 Eierkontinuitet.

¹⁵⁸ Ot. prp. nr. 72 (1984-85) s. 8-9.

¹⁵⁹ Ot. prp. nr. 71 (1995-96) s. 15.

7 Kilder

Lover:

Lov om særregler for beskatning av selskaper og selskapsdeltakere 20. juli 1991 nr. 65
(selskapsskatteloven)

Lov om aksjeselskaper 13. juni 1997 nr. 44 (asl.)

Lov om allmennaksjeselskaper 13. juni 1997 nr. 45 (asal)

Lov om årsregnskap mv. 17. juli 1998 nr. 56 (rskl.)

Lov om skatt av formue og inntekt 26. mars 1999 nr. 14 (sktl.)

Lov om husleieavtaler 26. mars 1999 nr. 17

EØS-avtalen, art. 31 og 34.

Forarbeider:

Aksjeselskapsrett:

NOU 1992: 29

NOU 1996: 3

Ot. prp. nr. 19 (1974-75)

Ot. prp. nr. 72 (1984-85)

Ot. prp. nr. 36 (1993-94)

Ot. prp. nr. 23 (1996-97)

Ot. prp. nr. 44 (1997-98)

Skatterett:

Ot. prp. nr. 35 (1990-91)

Ot. prp. nr. 71 (1995-96)

Regnskapsrett:

NOU 1995: 30

Ot. prp. nr. 42 (1997-98)

Regnskapsstandarder:

Norsk RegnskapsStandard Fusjon (NRS 9 Fusjon)

http://www.regnskapsstiftelsen.no/arch/_img/9147558.pdf (april 2007)

Foreløpig Norsk RegnskapsStandard Fisjon (NRS (F) Fisjon)

http://www.regnskapsstiftelsen.no/arch/_img/9262982.pdf (april 2007)

Brønnøysundregisteret:

Fusjon:

http://w2.brreg.no/kunngjoring/kombisok.jsp?datoFra=01.01.2006&datoTil=01.01.2007&id_region=0&id_fylke=-+-&id_kommune=-+-&id_niva1=62&id_niva2=64&id_niva3=-+-&SUBMIT322=S%F8k

Fisjon:

http://w2.brreg.no/kunngjoring/kombisok.jsp?datoFra=01.01.2006&datoTil=01.01.2007&id_region=0&id_fylke=-+-&id_kommune=-+-&id_niva1=62&id_niva2=63&id_niva3=-+-&SUBMIT322=S%F8k

Norsk Rettstidende (Rt.):

Rt. 1922 s. 436

Rt. 1925 s. 1009

Rt. 1928 s. 660

Rt. 1929 s. 943

Rt. 1978 s. 1184

Rt. 1995 s. 1922

Rt. 2002 s. 798

Rt. 2005 s. 86

Dommer, uttalelser mv i skattesaker og skattespørsmål (Utv.):

Utv. 2002 s. 807

Utv. 2003 s. 796

EF-domstolen:

Sak C-411/03 Sevic

Litteratur:

Andenæs, Mads Henry: *Aksjeselskaper og Allmennaksjeselskaper*. 2. utg. Oslo, 2006.

Brudvik m.fl.: *Skattelovkommentaren 2003/04*. 3. utg. Oslo, 2003.

Folkvord, Benn: *Fusjon og fisjon*. Bergen, 2006.

Giertsen, Johan: *Fusjon og fisjon*. Bergen, 1999.

Gjems-Onstad, Ole: *Norsk Bedriftsskatterett*. 6. utg. Oslo, 2003.

Hagstrøm, Viggo og Magnus Aarbakke: *Obligasjonsrett*. Oslo, 2003.

Woxholth, Geir: *Selskapsrett*. 1. utg. Oslo, 2004.

Zimmer, Frederik (red.) i samarbeid med advokatfirmaet BAHR: *Bedrift, selskap og skatt*. 4. utg. Oslo, 2006.

Zimmer, Frederik: *Lærebok i skatterett*. 5. utg. Oslo, 2005.

Aarbakke m.fl.: *Aksjeloven og allmennaksjeloven*. Kommentarutgave. 2. utg. Oslo, 2004.

